

# La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional

Stephanie Santa Cruz Aramburu

en cumplimiento parcial de los requisitos para el grado de Doctora en  
Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Directora:

Florabel Quispe Remón

Madrid, junio de 2019

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**”.



*A mis padres,*

## AGRADECIMIENTOS

Este trabajo es producto de años de trabajo por lo que me gustaría agradecer a aquellas personas que han contribuido y me han acompañado de una u otra forma en esta travesía, las cuales me han animado a seguir y me han dado fuerzas en los momentos más difíciles. Por todo ello quiero expresar mi infinita gratitud:

A mi directora de tesis, la profesora doctora Florabel Quispe Remón, por su apoyo constante durante estos años, siempre mostrándose dispuesta a tratar cualquier duda y ofreciéndome sabios consejos. Fue la que me inspiró a seguir con el tema de investigación al cual me acercó durante el máster en Derecho Público que realicé en la Universidad Carlos III.

A mis padres, sin cuyo apoyo incondicional no habría podido llegar a esta meta, a mi hermano por los ánimos y el buen humor en momentos que lo necesitaba. La vida está llena de sacrificios a realizar y todos han sido llevaderos gracias a mi familia que me ha apoyado de diversas maneras. Mi gratitud es infinita.

A mis grandes amigos y amigas, que han estado allí siempre, en los buenos y malos momentos, tanto en la distancia como en la cercanía, dándome ánimos para seguir cuando el cielo se volvía gris, siempre con una palabra, un abrazo o una sonrisa, gracias por vuestra paciencia y amor; en especial a: Marta Mansilla, Gisel Medina, Gonzalo Vela, Gonzalo Montejo, Beatriz Regueiro de Mergelina, Amelia Nofuentes, Cynthia Palomar, Paz Vega, Ana Laura López, María Boj, María Antonia González, Raquel Velasco, Marcela Duque, Mariano Barloqui, Lucía Prados Ortiz de Solórzano, Iván Llavori, Manuel Castro y Alberto Esquinas.

A mis compañeros y compañeras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con quienes compartí momentos inolvidables en Costa Rica y a mis supervisores por su enseñanza continua durante el tiempo que compartimos, en especial gracias a Jorge Calderón y Cecilia La Hoz.

A todas las personas con las que compartí la maravillosa experiencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial a Anna María Mengual, Marta Cabrera y Salvador Cuenca, quienes me enseñaron tantísimo y compartieron ideas y buenos momentos durante mi estancia. Asimismo, me gustaría agradecer al personal

de la Biblioteca del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quienes siempre estuvieron prestos a echarme una mano cuando la necesitaba, en especial a Genevieve Woods y Alan Heisserer.

Al equipo de abogadas de la ONG Women's Link Worldwide, por enseñarme tanto en lo profesional como en lo personal, sin duda esta experiencia me cambió radicalmente la forma de ver la vida, haciendo del feminismo el centro de todo.

A la Universidad EAFIT de Medellín que me permitió ser parte del grupo de investigación Justicia y Conflicto y me ofreció apoyo constante durante mi estancia de investigación, en especial a la profesora doctora Gloria Gallego por su paciencia y su sabiduría, sus ganas de hacer el mundo un lugar mejor para las personas más vulnerables es inspiradora.

Finalmente, a la Universidad Carlos III, en especial al personal administrativo por su amabilidad en las cuestiones administrativas durante todos estos años.

## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	12
INTRODUCCIÓN .....	14

### **PRIMERA PARTE ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

#### **Capítulo I ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS**

1. APROXIMACIÓN A LA DESAPARICIÓN FORZADA Y SU TRATAMIENTO EN EL CONTEXTO ESPAÑOL ACTUAL.....	23
1.1 La desaparición forzada desde la Guerra Civil española hasta la actualidad .....	23
a. Contexto histórico de las desapariciones. ....	23
b. España y la transición a la democracia .....	27
1) Las leyes de amnistía dictadas en el marco de la transición española y su legitimidad según el Derecho Internacional.....	27
2) La «Ley de memoria histórica» en España y su alcance actual.....	39
1.2 La posición del Tribunal Supremo español respecto de las desapariciones forzadas en España.....	43
a. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012.....	43
b. Las desapariciones forzadas en España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	59
1.3 El principio de Justicia Universal respecto a las desapariciones forzadas en España.....	65
a. La regulación del principio de justicia universal en España.....	67
b. Casos españoles conocidos por tribunales argentinos .....	69

2. LA DESAPARICIÓN FORZADA MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS ESPAÑOLAS .....	71
2.1 El caso de la Unión Soviética.....	71
2.2 La desaparición forzada en la Alemania nazi .....	72
2.3 La desaparición forzada en Latinoamérica .....	73
3. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.....	74
3.1 El concepto de desaparición forzada en el Derecho Internacional humanitario .....	74
3.2 El concepto de desaparición forzada visto desde el Derecho Internacional de los derechos humanos .....	82

## **Capítulo II**

### **LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

1. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL .....	89
2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE LESA HUMANIDAD. ....	92
3. LA PROHIBICIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO NORMA DE IUS COGENS.....	101
4. UNA VISIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DESDE LOS TRIBUNALES MILITARES INTERNACIONALES.....	106
3.1 El Tribunal Militar de Núremberg.....	108
3.2 El Tribunal Militar de Tokio para el Lejano Oriente.....	110
5. EL APORTE DE LOS TRIBUNALES <i>AD HOC</i> .....	111
4.1 El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia .....	111
4.2 El Tribunal Penal Internacional para Ruanda .....	122
6. UNA VISIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DESDE EL NACIMIENTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	122
7. OTROS TRIBUNALES CREADOS POR LA ONU Y POR ESTADOS.....	126
6.1 Tribunal Especial para Sierra Leona.....	126
6.2 Paneles Especiales para Timor Oriental .....	127
6.3 Salas especiales en los Tribunales de Camboya .....	127

## **SEGUNDA PARTE**

# **LA DESAPARICIÓN FORZADA A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

### **Capítulo III**

#### **LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

1. LOS ÓRGANOS CONVENCIONALES DE NACIONES UNIDAS FRENTE A LA DESAPARICIÓN FORZADA .....	142
1.1 El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos .....	143
<i>1.1.1 El Comité de Derechos Humanos .....</i>	<i>143</i>
1.2 La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes .....	152
<i>1.2.1 El Comité contra la tortura.....</i>	<i>153</i>
1.3 La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas .....	156
<i>1.3.1 El Comité contra la desaparición forzada.....</i>	<i>163</i>
<i>1.3.1.1 El Comité contra la desaparición forzada y los mecanismos de control .....</i>	<i>164</i>
<i>1.3.1.2 La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad a la luz de la interpretación del Comité contra la desaparición forzada..</i>	<i>170</i>
2. LOS ÓRGANOS NO CONVENCIONALES DE NACIONES UNIDAS FRENTE A LA DESAPARICIÓN FORZADA .....	172
2.1 El Consejo de Derechos Humanos frente a la desaparición forzada..	172
2.2 La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas .....	176
2.3. El Grupo De Trabajo Sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias...	177
<i>2.3.1 El Grupo de Trabajo y los mecanismos de protección .....</i>	<i>178</i>
<i>2.3.2 La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad a la luz del Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas .....</i>	<i>183</i>
2.4. El Relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición .....	184
<i>2.4.1 El derecho a la verdad .....</i>	<i>186</i>
<i>2.4.2 Las garantías de no repetición .....</i>	<i>195</i>



## Capítulo IV

### LA DESAPARICIÓN FORZADA A LA LUZ DE LOS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

1. LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS .....	199
1.1 La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la desaparición forzada .....	201
1.1.1 <i>El concepto utilizado por la Corte y su evolución</i> .....	201
1.1.2 <i>La desaparición forzada como delito continuado o permanente</i> ...	204
1.1.3 <i>El principio de irretroactividad respecto a las desapariciones forzadas</i> .....	207
1.1.4 <i>La competencia ratione temporis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> .....	214
1.2 La práctica de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad.....	225
1.3 La práctica de la desaparición forzada como violación de normas de <i>ius cogens</i> .....	229
1.4 La situación actual de la desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos .....	234
1.4.1 <i>El caso del Perú</i> .....	235
1.4.2 <i>El caso de México</i> .....	237
2. LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....	239
2.1 La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la desaparición forzada .....	240
2.1.1 <i>El concepto utilizado por el TEDH y su evolución</i> .....	240
2.1.2 <i>La desaparición forzada como delito continuado o permanente</i> ...	249
2.1.3 <i>La competencia ratione temporis del TEDH</i> .....	253
2.2 La práctica de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad y su prohibición como norma de <i>ius cogens</i> .....	259
2.3 La situación actual de la desaparición forzada de personas en el sistema europeo de derechos humanos .....	260

2.3.1 <i>El caso de Rusia</i> .....	260
2.3.2 <i>El caso de Turquía</i> .....	265
2.3.3 <i>El derecho a la reparación en el sistema europeo de derechos humanos</i> .....	265
3. LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS .....	267
3.1 La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos .....	268
3.2 La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.....	268
CONCLUSIONES.....	272
I. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS, DOCUMENTALES Y JURISPRUDENCIALES.....	278
A. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	278
1. Manuales, obras colectivas y cursos generales .....	278
B. FUENTES NORMATIVAS.....	310
C. FUENTES DOCUMENTALES .....	312
1. Naciones Unidas .....	312
a. Resoluciones del Consejo de Seguridad.....	312
b. Asamblea General .....	312
c. Consejo Económico y Social (Comisión y Consejo de Derechos Humanos) .....	314
d. Órganos especializados en desaparición forzada .....	316
d.1 Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias ..	316
d.2 Comité contra la desaparición forzada .....	317
e. Comisión de Derecho Internacional .....	317
2. Organización de los Estados Americanos .....	318
3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	318
4. Consejo de Europa.....	319
5. Otros.....	319
D. FUENTES JURISPRUDENCIALES .....	320
1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	320
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	322
3. Comunicaciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos.....	323

4. Resoluciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia .....	323
5. Resoluciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	323
6. Salas especiales en los Tribunales de Camboya .....	324
7. Resoluciones del Comité de Derechos Humanos .....	324
8. Comité contra la Tortura.....	325
9. Tribunal Supremo de España .....	325
10. Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina.....	325
11. Tribunal de Bosnia y Herzegovina.....	327
12. Otros.....	327

ANEXO I. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de desaparición forzada .....	329
--	-----

ANEXO II. Jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	337
--	-----

## ABREVIATURAS

AGONU	Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas
AJIL	American Journal of International Law
AA.VV.	Autores varios
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDH	Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEH	Comisión para el Esclarecimiento Histórico
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales
CEJIL	Center for Justice and International Law
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CMAN	Comisión Multisectorial de Alto Nivel
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CS	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
CV 1969	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969
CVR	La Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú
dec.	Decisión
DGBPD	Dirección General de Búsqueda de Personas Desaparecidas
DIH	Derecho internacional humanitario
DIDDHH	Derecho internacional de los derechos humanos
DINTE	Dirección de Inteligencia del Ejército
DIRCOTE	Dirección general contra el terrorismo
EC	Elemento de los Crímenes del Estatuto de Roma de la CPI
ECOSOC	Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas
ER	Estatuto de Roma (de la CPI)
GC	Grand Chamber
GS	Gran Sala
GTDFI	Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias
HRC	Human Rights Council (Consejo de Derechos Humanos)

IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JNA	Ejército popular yugoslavo
OEA	Organización de Estados Americanos
OHCHR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
OUA	Organización para la Unidad Africana
ob. cit.	Obra citada
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RUV	Registro único de víctimas
SIE	Servicio de Inteligencia del Ejército
SIN	Servicio de Inteligencia Nacional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TMIN	Tribunal Militar Internacional de Núremberg
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia
UA	Unión Africana
UNAKRT	United Nations Assistance to the Khmer Rouge Trials
UNTAET	United Nations Transitional Administration in East Timor

## INTRODUCCIÓN

Existen diversas maneras de represión e intimidación llevadas a cabo por líderes y gobiernos contra la oposición y para asegurar el poder, entre las más ominosas se encuentra el delito de desaparición forzada. La importancia de estudiar este delito en particular corresponde a su extendida práctica en la actualidad y a la existencia de numerosas barreras para su enjuiciamiento. Muchos informes de organizaciones internacionales nos señalan que es una práctica todavía muy utilizada en algunos Estados. En consecuencia, el propósito de este estudio es dar a conocer el uso de diversas herramientas legales ofrecidas por el Derecho Internacional para la persecución y enjuiciamiento de casos de desapariciones forzadas, -tanto actuales como pasadas-, todo ello con el fin de acabar con la impunidad y cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados. Entre estas obligaciones, destacan el deber de memoria y el derecho a la verdad. Para ello, se ha acudido a la jurisprudencia y marco normativo internacional, los cuales nos trazan los principios rectores en cada caso concreto, si bien resulta necesario establecer las diferencias cuando acudimos a distintas ramas del Derecho Internacional y observar cada contexto histórico y jurídico. A pesar de las dificultades que esto conlleva, el resultado es positivo puesto que enriquece el análisis de los derechos vulnerados independientemente del ámbito en que estos sean juzgados.

La primera y más cercana aparición de la figura que hoy conocemos como desaparición forzada, se dio durante la Guerra Civil española (1936-1939) y se masificó durante la posguerra (1939-1975). Luego, con el paso del tiempo se fueron practicando a mayor escala en diversos puntos geográficos. Esta figura fue utilizada como método de castigo en la Unión Soviética, algunos autores señalan el inicio de esta práctica con la creación de los campos de concentración soviéticos en la década de los 30. Posteriormente, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial en 1945, se constató la utilización de las desapariciones forzadas como un método intimidatorio y exterminador de los enemigos del régimen nazi, será en este momento cuando se empiece a dilucidar el por qué de esta práctica y su alcance tanto en las personas desaparecidas como en los familiares de estas.

A pesar de ello, su reconocimiento internacional no se dio hasta la década de los 70, momento en el cual el mundo observó los horrores que se venían produciendo en América Latina con la imposición de dictaduras militares a lo largo del continente como en Chile o Guatemala; las cuales no dudaron en recurrir a la violación masiva de derechos humanos contra quienes no se alineaban bajo su ideario. Ha sido un largo camino el recorrer de este delito, que lamentablemente se sigue practicado en la actualidad. En contraposición, la protección a los derechos contra los que atenta también ha aumentado en gran manera. En el Derecho Penal Internacional se han juzgado a numerosas personas responsables de desapariciones forzadas, del mismo modo el Derecho Internacional Humanitario ha servido como base para condenar a los responsables de desapariciones en situaciones de conflicto tanto internos como internacionales. Por otra parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también viene protegiendo a las víctimas de desapariciones forzadas, ya que en su seno se han dictado numerosas sentencias condenatorias contra distintos Estados por llevar a cabo esta práctica y así comprometer su responsabilidad. A su vez, los sistemas regionales vienen produciendo una jurisprudencia cada vez más compacta y uniforme, si bien todavía en algunos casos podemos encontrar dificultades en derecho interno para aplicar los estándares internacionales en la materia.

Hoy en día, parece cada vez más clara la existencia de un consenso en la comunidad internacional con respecto a la erradicación y prohibición de la práctica de la desaparición forzada, lo cual no significa que no se presenten problemas a la hora de enjuiciar y castigar a los responsables o en el momento de llevar a cabo las investigaciones pertinentes para llegar a conocer la verdad de lo sucedido. Las distintas ramas del Derecho Internacional buscan garantizar la protección de los derechos de las personas, sin embargo esto no siempre es posible debido a la falta de compromiso de los Estados, el cual es uno de los mayores problemas al que nos enfrentamos.

Para ofrecer respuestas a estos problemas, se realizará un análisis comparativo de las diversas formas en las que las instancias nacionales e internacionales han venido codificando y juzgando el delito, con especial referencia al sistema interamericano, ya que es el sistema que mejor evoluciona respecto a los estándares internacionales. Asimismo, se determinará la aplicación de las normas internacionales en derecho interno. Para tal efecto, se hará un breve recorrido por los antecedentes históricos del

delito, asimismo se abordará el concepto de desaparición forzada de manera sucinta puesto que ya se han realizado numerosas investigaciones con respecto al concepto en sí, por lo que no será necesaria una mayor profundización. A continuación analizaremos casos de Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional Humanitario, estudiaremos el sistema universal y los sistemas regionales de protección de derechos humanos para ver el diferente enfoque existente en las sentencias analizadas.

La importancia de esta investigación se justifica en el aumento de desapariciones en el mundo y la impunidad reinante con respecto a desapariciones pasadas. En el ámbito más específico, -el caso español-, no cabe duda que es un momento clave para juzgar crímenes del pasado debido a la voluntad política, la cual parece ofrecer una luz en la oscuridad para todos los familiares de las víctimas del franquismo.

La originalidad de la tesis radica en la forma de abordar el delito, ya que se busca el establecimiento de unos parámetros aplicables a todas las desapariciones forzadas, con ello se pretende una mayor cohesión en el derecho aplicable puesto que las diferencias únicamente conllevan a decisiones injustas e impunidad. El Derecho Internacional público debe actuar como garante y no debe ni puede ser restringido por decisiones internas ya que dadas las lesiones que las desapariciones forzadas producen en el ser humano, se plantea que su prohibición es una norma imperativa, lo cual se abordará en el presente trabajo. Es necesaria también una acertada determinación del contexto del delito para así poder aplicar la ley correctamente en casos de desapariciones actuales como en desapariciones que sucedieron muchos años atrás. Por otra parte, con la presente investigación se pretende otorgar mayor importancia a los órganos específicos en materia de desapariciones forzadas, -el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias y el Comité contra la desaparición forzada-, los cuales vienen trabajando arduamente en terreno y en la elaboración de directrices para hacer frente a esta lacra. La pregunta que a continuación debemos hacernos es si realmente se están juzgando los casos de desapariciones y se está obteniendo una justicia real en el ámbito internacional, junto a ella inmediatamente surge la cuestión acerca de cómo ser capaces de abordar este tema desde una perspectiva legal respetuosa de los ordenamientos internos de cada Estado.



La metodología utilizada es la dogmática jurídica, en ese sentido, la investigación está basada principalmente en las normas existentes respecto a las desapariciones forzadas en la doctrina comparada y en los distintos órganos que protegen los derechos contra los que atenta este delito, siempre acudiendo a distintas ramas del mismo, siguiendo un camino de lo general a lo particular. Todo ello se centra fundamentalmente en el Derecho Internacional Público.

El desarrollo de la tesis se divide en dos grandes partes. La primera parte hace referencia a los orígenes y la evolución del delito de desaparición forzada en el Derecho Internacional y su relación con las normas de *ius cogens*. La segunda parte se centra el Derecho Internacional de los derechos humanos. Ambas partes están compuestas por dos capítulos.

En el primer capítulo se describe y analiza las cuestiones generales sobre el origen y la evolución del delito, situando el mismo en la Guerra Civil española y se estudia la interpretación que ha dado el Tribunal Supremo español respecto de las desapariciones y violaciones de derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la posguerra. La importancia de estudiar el caso español de manera más amplia se debe a que es el país donde se presenta la investigación y donde situamos el origen de su práctica de forma sistemática. Asimismo, el caso español es destacable debido a sus características propias y su situación actual, en la que no se han podido juzgar los casos de desapariciones. Se analizará el desarrollo de la desaparición forzada en España hasta mostrar el *statu quo*. En cuanto a la evolución general del delito de desaparición forzada, se analizará el concepto desde una perspectiva del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

En el segundo capítulo se analizará la desaparición forzada en el Derecho Penal Internacional y su posible categorización como crimen de lesa humanidad. De igual forma se estudiará la evolución de este concepto en la jurisprudencia de distintos tribunales. Posteriormente se realizará un estudio sobre las normas de *ius cogens* e intentaremos averiguar si la prohibición de la desaparición forzada es una norma imperativa. Para ello, se atenderá a los razonamientos esgrimidos por los tribunales penales internacionales más importantes.

Como hemos mencionado anteriormente, la segunda parte gira en torno al tratamiento de la desaparición forzada en el Derecho Internacional de los derechos

humanos. Se estudiará el sistema universal y los tres sistemas regionales de protección de derechos humanos más importantes: el sistema americano, europeo y africano. El tercer capítulo describe y analiza los órganos convencionales y no convencionales de la ONU a través de sus dictámenes, recomendaciones y casos. Este capítulo es imprescindible para entender la naturaleza del delito y la manera en la que se deben juzgar los casos aplicando los estándares universales, todo ello nos permite acercarnos a la unificación de conceptos tan necesaria para poder impartir una verdadera justicia. Asimismo el estudio de casos específicos por distintos órganos nos permitirá reconocer qué órganos son los más idóneos para cada circunstancia, lo cual nos podrá servir de paradigma para litigar correctamente ante estas instancias. A través de la jurisprudencia obtendremos un abanico de opciones para casos actuales o que aún no han sido juzgados.

En el último capítulo se abordarán los sistemas regionales de protección de derechos humanos con respecto a la desaparición forzada, se analizarán en profundidad las diferencias existentes y el modo en que afectan al tratamiento del delito a través de los órganos de protección, fundamentalmente a través de su jurisprudencia.

La bibliografía utilizada proviene tanto de fuentes directas como indirectas. Por una parte, se utiliza la jurisprudencia proveniente de los órganos principales de los sistemas regionales y del sistema universal, así como de los tribunales penales *ad hoc*. Por otra parte, utilizamos también las fuentes indirectas para esclarecer y reforzar nuestra tesis, para ello acudimos a la doctrina y a decisiones judiciales de derecho interno.

También deseo expresar las razones por las cuales elegí el tema de las desapariciones forzadas, este interés responde a una motivación tanto personal como académica. En lo personal, he conocido de primera mano el dolor que causa este crimen en los familiares y amigos de las personas desaparecidas, siempre fue algo que tuve alrededor, lo cual me llevó a intentar luchar por mitigar la angustia y sufrimiento de quienes lo padecían, para tal fin considero que es necesario acudir al Derecho ya que es una herramienta adecuada para de algún modo resarcir y reparar a las víctimas y procurar que estos hechos jamás se repitan. A pesar de ser una herida que nunca se

cierra, creo firmemente que debemos utilizar los instrumentos jurídicos para la obtención de justicia y de algún modo aliviar ese dolor.

En cuanto a la motivación académica, es innegable que va directamente ligada a lo personal, considero que es necesario el estudio y análisis del tratamiento del delito en distintas instancias, asimismo creo que el derecho debe ser una herramienta viva y debe buscar soluciones reales y efectivas a los problemas. Mi mayor logro será encontrar vías para que todos los casos de desapariciones puedan ser juzgados y las víctimas no queden en el olvido.

En lo profesional, el primer contacto que tuve con el tema de la desaparición forzada se dio gracias a la estancia que realicé en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica, donde conocí de primera mano el enjuiciamiento de casos de desapariciones y ejecuciones extrajudiciales, allí aprendí las diferencias entre estas figuras y el concepto con el que trabajaba la Corte, actualmente un concepto bien delimitado pero amplio, que protege numerosos derechos. En este sentido, la Corte Interamericana va a la vanguardia en cuanto a jurisprudencia, puesto que ha desarrollado ampliamente el concepto y alcance de las desapariciones forzadas y demás elementos que le rodean. Posteriormente, tuve el honor de formar parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington, DC. En este sentido, conocí numerosas peticiones de víctimas que clamaban por sus seres queridos desaparecidos, el trabajo directo con estos casos me permitió un mayor conocimiento del tratamiento de este delito por parte de distintos Estados latinoamericanos y me hizo ver que la desaparición forzada seguía siendo un tema actual en algunos Estados. Asimismo, ver a los familiares de los estudiantes de Ayotzinapa manifestándose en las puertas de la Organización de Estados Americanos, me sensibilizó aún más y entendí que era necesario sentir el sufrimiento de las víctimas para seguir luchando por la justicia y la verdad. Una vez finalizada esta etapa, fui parte de la División española en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo, donde conocí de primera mano los numerosos casos de desapariciones en Estados como Rusia o Turquía, allí pude acudir a las deliberaciones de las Salas y escuchar los razonamientos proporcionados por los jueces y juezas con respecto a la responsabilidad estatal en casos de desapariciones. También tuve el honor de intercambiar impresiones con la Jueza Hellen KELLER, la cual ha escrito abundantes obras acerca de las dificultades de enjuiciamiento de los casos de desapariciones

forzadas en Estados europeos. Al finalizar esta fase, tuve la oportunidad de permanecer en el Tribunal Europeo investigando para la finalización de esta tesis, compartiendo impresiones con abogados y abogadas del Tribunal.

Finalmente, mi experiencia profesional ha sido marcada por el trabajo académico y en terreno con víctimas de desapariciones forzadas en Colombia, donde pude realizar una estancia de investigación gracias al otorgamiento de una beca de movilidad en grupos de cooperación al desarrollo de la Universidad Carlos III de Madrid, la cual me permitió viajar a Medellín y trabajar en el Grupo de Investigación Justicia y Conflicto de la Universidad EAFIT. Gracias a esta experiencia, pude conocer las cifras reales del conflicto armado, la situación en la que se encuentran quienes buscan a sus seres queridos, la jurisprudencia interna y las formas de reparación que viene ofreciendo el Estado colombiano. Asimismo, pude entender la razón histórica de la larga duración del conflicto y pude analizar las vías para reconstruir el tejido social roto por la guerra. Todo ello, se plasmó en un artículo titulado «La desaparición forzada en Colombia: El derecho a la verdad para la construcción de paz social», que analiza las circunstancias específicas del caso colombiano y se centra en la importancia del derecho a la verdad para superar las heridas que causan las desapariciones forzadas. En Colombia también pude acudir a diversas conferencias en torno al delito de desaparición forzada y fui invitada a un congreso organizado por el Centro Nacional de Memoria Histórica en Bogotá, en el cual se analizó la importancia del deber de memoria y su impacto en la sociedad. Todo ello ha contribuido de manera directa e indirecta a la realización del presente trabajo.

**PRIMERA PARTE**

**ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN  
EL DERECHO INTERNACIONAL**



# CAPÍTULO I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

## 1. APROXIMACIÓN A LA DESAPARICIÓN FORZADA Y SU TRATAMIENTO EN EL CONTEXTO ESPAÑOL ACTUAL

Resulta difícil situar el origen exacto de la figura de la desaparición forzada como método represivo contra las personas contrarias al régimen o consideradas enemigas. En efecto, a lo largo de los años se han dado casos que si bien no cumplen con los requisitos actuales del concepto de desaparición forzada, nos ofrecen una aproximación al uso de esta figura. Una de las primeras manifestaciones de la desaparición podemos encontrarla según unos autores<sup>1</sup> en las Sagradas Escrituras, en el momento en el cual José, considerado un enemigo, es vendido por sus hermanos, los cuales ocultan su paradero a su padre, Jacob<sup>2</sup>.

Asimismo, LÓPEZ CÁRDENAS sitúa en Francia, el posible inicio de esta práctica durante el Sigo XVIII, a través de las *lettres de cachet*, las cuales eran «órdenes impartidas por el rey que tenían por objeto privar de la libertad, la expulsión o el destierro de alguien»<sup>3</sup>. Según el autor, estos documentos «se convirtieron en el método práctico para hacer desaparecer a los adversarios políticos, artistas o escritores percibidos como peligrosos o indeseables. A través de ellas el monarca hacía uso de sus facultades para declarar la responsabilidad penal de un individuo, sin necesidad de adelantar un juicio justo u otorgar la posibilidad de ejercer la debida defensa»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ARIAS HERNÁNDEZ, C., VÁSQUEZ SORIANO, S. Y LEIVA MELÉNDEZ, M., *La Desaparición Forzada de Personas Como Delito Permanente y sus efectos en cuanto a la aplicación de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas*, 2014, p. 12.

<sup>2</sup> Génesis 37, 28 "Y cuando pasaban los madianitas mercaderes, sacaron ellos a José de la cisterna, y le trajeron arriba, y le vendieron a los ismaelitas por veinte piezas de plata. Y llevaron a José a Egipto."

<sup>2</sup> Génesis 37, 28 "Y cuando pasaban los madianitas mercaderes, sacaron ellos a José de la cisterna, y le trajeron arriba, y le vendieron a los ismaelitas por veinte piezas de plata. Y llevaron a José a Egipto."

<sup>3</sup> LÓPEZ CÁRDENAS, C., *La Desaparición Forzada De Personas En El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos: Estudio De Su Evolución, Concepto y Reparación a Las víctimas*, Editorial Universidad Del Rosario, 2017, p. 22.

<sup>4</sup> RADIN, M., "The right to a public trial" en *Temple law quarterly*, vol. 6, 1931-1932, p. 388, citado en LÓPEZ CÁRDENAS, C., ob. cit.

## 1.1. La desaparición forzada desde la Guerra Civil española hasta la actualidad

### a. Contexto histórico de las desapariciones

La práctica de la desaparición forzada de personas se dio en España durante la Guerra Civil, la cual se inició el 18 de julio de 1936 con un golpe de Estado llevado a cabo por la cúpula militar contra el gobierno legítimo de la Segunda República<sup>5</sup>. Un grupo de generales, -los denominados sublevados-, iniciaron una ofensiva en distintas partes del país para tomar el poder por la fuerza, esta guerra civil duró 3 años y llegó a su fin el 1 de abril de 1939 con la victoria del bando sublevado y la instauración de la dictadura del general Francisco Franco. A partir de este momento, se inició una represión contra todas las personas que pertenecían a partidos opositores, personas a favor de la República o simplemente contra quienes no se alineaban bajo la ideología franquista<sup>6</sup>, -incluso a través de la creación de leyes-, por lo que las desapariciones continuaron ejerciéndose como método de represión contra los vencidos<sup>7</sup>. «Las prácticas represivas de la dictadura franquista y la eliminación sistemática de izquierdistas se produjo de tal forma que puede hablarse de una limpieza política, en la que es preciso incluir con todo su peso moral a las víctimas del exilio y la deportación»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Véase, JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «Ilegitimidad franquista frente a legalidad republicana» en *Revista Mientras Tanto*, n.º 114, 2010, pp. 73-93.

<sup>6</sup> Para más información sobre la represión durante la posguerra véase: PRESTON, P., *El holocausto español: Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*. Barcelona: Debolsillo, 2013; ESPINOSA MAESTRE, F., *Violencia roja y azul: España, 1936-1950*, Barcelona: Crítica, 2010; ARÓSTEGUI, J. y MARCO, J., *El último frente. La resistencia armada antifranquista*, Madrid: La Catarata, 2008; JULIÁ DÍAZ, S. (coord.), CASANOVA, J., SOLÉ i SABATÉ, J. M., VILLARROYA, J. y MORENO, F., *Víctimas de la Guerra Civil*, Madrid: Temas de Hoy, 2004; CASANOVA, J., (coord.), ESPINOSA, F., MIR, C. y GÓMEZ, F., *Morir, matar, sobrevivir: La violencia en la dictadura de Franco*. Barcelona: Crítica, 2002; SERRANO, R. y SERRANO, D., *Toda España era una cárcel. Memoria de los presos del Franquismo*, Madrid: Aguilar, 2002 y LAFUENTE, I., *Esclavos por la patria: La explotación de los presos bajo el franquismo*, Madrid: Temas de Hoy, 2002.

<sup>7</sup> CAPELLA i ROIG, M., «Las desapariciones forzadas en España durante la Guerra Civil: Crímenes y violaciones del Derecho Internacional sin castigo ni reparación» en SOROETA, J., *Conflictos y Protección de derechos humanos en el orden internacional*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia - San Sebastián, vol. 6, 2006, p. 288.

<sup>8</sup> VIDAL CASTAÑO, J. A., «De la violencia política, la represión franquista y el "holocausto español"» en *Hispania Nova: Revista De Historia Contemporánea*, n.º 10, 2012, p. 7.



Diversos historiadores hacen referencia a los *paseos*, las *sacas* irregulares y la represión ejercida por parte de los insurrectos, CASTRO narra estas prácticas: «Las víctimas, tras ser detenidas en sus casas por piquetes de milicianos derechistas o de la guardia civil (a veces de militares, en lugares próximos al frente), generalmente a la caída de la tarde, eran trasladadas a un paraje apartado donde eran asesinadas con arma de fuego»<sup>9</sup>.

La represión desencadenada por los sublevados estuvo perfectamente dirigida para conseguir dos objetivos simultáneos: paralizar a la población por el terror y neutralizar a la mayor cantidad posible de enemigos políticos. La represión tuvo tres niveles: la liquidación física, la cárcel y la represión económica. La liquidación física se llevó a cabo, en un primer momento, mediante las ejecuciones extrajudiciales que convencionalmente se han dado en llamar paseos: un grupo de hombres, normalmente de fuera del pueblo, a menudo con camisa de la Falange, y acompañados a veces por un guardia civil, se presentaban en un pueblo con una lista de hombres (casi nunca mujeres) y se los iban llevando de sus casas. Cuando el camión se alejaba, los familiares comenzaban la peregrinación en busca de los detenidos: la cárcel, la comisaría, los cuarteles militares, el cuartel de Falange... (*sic*) A veces, los detenidos aparecían en la cárcel, pero otras eran encontrados en las cunetas de los caminos o en algunos sitios específicos, que por alguna razón los irregulares habían elegido para ejecutar a sus víctimas. Otras veces de los detenidos no se ha vuelto a saber nada. La mayor parte de las víctimas de este tipo de ejecución no han sido inscritas en ningún registro oficial. Otra forma de liquidación física eran las sacas de la cárcel.

De forma similar al paseo, una fuerza armada, con mayor o menor presencia de falangistas y guardias civiles, se presentaba en la cárcel con la orden de entrega de los hombres enumerados en una lista, firmada por el gobernador civil o por el comandante militar de la plaza, oficialmente para trasladarlos a otra prisión. Después, los sacados eran ejecutados en los lugares de costumbre, pero sin dar cuenta a la

<sup>9</sup> CASTRO, L., *Capital De La Cruzada: Burgos Durante La Guerra Civil*, Barcelona: Crítica 2006, p. 217.

familia, que normalmente se enteraba de lo sucedido cuando iba a visitar a su allegado. Algunas de estas víctimas han sido inscritas en registros oficiales, cuando la familia lograba encontrar el cadáver, pero muchas han quedado sin registrar<sup>10</sup>.

Como también afirmó GASSIOT:

Más allá de lo espeluznante de las cifras, que según las estimaciones recientes superan las 150.000 personas ejecutadas o desaparecidas durante la guerra y la posguerra, otro elemento más relevante de la represión franquista fue su sistematicidad y el hecho de que estuvo amparada por una auténtica política de Estado dirigida a aniquilar a la disidencia política, social, cultural y religiosa. A diferencia de lo sucedido en el territorio fiel a la legalidad republicana, donde gobierno y organizaciones sindicales y políticas a las pocas semanas de la sublevación emprendieron medidas para erradicar la violencia de retaguardia, el nuevo estado fascista institucionalizó el uso del terror con fines políticos como uno de los pilares de su consolidación, aplicándolo con ligeras modificaciones a lo largo del conflicto bélico y, una vez que éste finalizó, en los años siguientes<sup>11</sup>.

De este modo, muchas personas fueron desaparecidas sin dejar ningún rastro, lo que dificultaba la labor de búsqueda de los familiares, asimismo los autores actuaban bajo la dirección de los golpistas o de la nueva dictadura instaurada. Todo ello nos permite afirmar que los hechos llevados a cabo durante la guerra y la posguerra tienen los tres elementos característicos del delito de desaparición forzada que pasaremos a explicar en profundidad más adelante, a saber: privación de libertad, obra de agentes estatales o llevadas a cabo con el apoyo o conocimiento de los mismos y la denegación de información o el ocultamiento del paradero de la persona desaparecida.

Asimismo, como afirman diversos historiadores, estos hechos supusieron una violación sistemática de los derechos humanos de una gran parte de la población contraria a los golpistas y al nuevo régimen franquista, lo que permitiría reconocer la práctica masiva del delito de desaparición forzada. La pregunta que surge

<sup>10</sup> DELGADO, S., DE PRADO, M. y LÓPEZ, S., «La Guerra Civil En Castilla Y León: Ensayo General Para La Dictadura Franquista» en *Pasado y Memoria, Revista de Historia Contemporánea*, 8, 2009, p. 123.

<sup>11</sup> GASSIOT BALLBE, E., «Arqueología de un silencio. Arqueología forense de la Guerra Civil y del Franquismo» en *Complutum*, vol. 19, n.º 2, 2008, p. 122.

inmediatamente es si hoy en día sería posible juzgar estos hechos, -al menos a partir de 1939-, como crímenes de lesa humanidad al tratarse de graves violaciones de derechos humanos.

### ***b. España y la transición a la democracia***

Tras la muerte de Francisco Franco el 20 de noviembre de 1975, se inició en España la transición a la democracia. Se proclamó rey a Juan Carlos I de Borbón el 22 de noviembre de 1975 y se dio inicio a la transición a la democracia, hecho que llegó a su fin con la ratificación de la Constitución española el 6 de diciembre de 1978, la cual establece en su artículo 1.1: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

En ocasiones, esta transición ha sido tomada como ejemplo a seguir en materia de justicia transicional, sin embargo nada más alejado de la realidad como iremos viendo <sup>12</sup> ya que como señala AGUILAR «bajo la apelación emocional a la "reconciliación nacional" se corrió un tupido velo sobre el pasado y se aceptó que aquellos actos de violencia institucional cometidos a lo largo de la dictadura quedaran impunes»<sup>13</sup>.

#### *1) Las leyes de amnistía dictadas en el marco de la transición española y su legitimidad según el Derecho Internacional*

En este contexto, se dieron nuevas disposiciones entre las cuales destaca el Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía, ya que otorgaba una amnistía parcial para los delitos que no hubiesen lesionado la vida o la integridad de las personas. Dicho decreto recogía en su primer artículo:

<sup>12</sup> Cfr. también críticos con el carácter ejemplar de la transición: YESTE, E., «La transición española. Reconciliación nacional a cambio de desmemoria: El olvido público de la guerra civil» en *Historia Actual Online*, vol. 8, nº 21, 2010, pp. 7-12; PONS PRADES, E., *Zos años oscuros de la transición española: La crónica negra de 1975 a 1985*. 1ª ed., Belacqva, 2005; COLOMER, J., *La transición a la democracia: El modelo español*. Barcelona: Anagrama, 1998; JÁUREGUI, F. y MENÉNDEZ, M., *Lo que nos queda de Franco: Símbolos, personajes, leyes y costumbres, veinte años después*. 1ª ed., Temas De Hoy, 1995; VIDAL BENEYTO, J., *Diario de una ocasión perdida: Materiales para un principio*, Kairós, 1981.

<sup>13</sup> AGUILAR FERNÁNDEZ, P., y Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, Justicia, política y memoria: *Zos legados del franquismo en la transición española*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, Madrid: 2001, p. 8.

Se concede amnistía por todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal o en leyes penales especiales no mencionadas en el apartado siguiente, en tanto no hayan lesionado la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la Nación a través del contrabando monetario, ya se hayan cometido dentro o fuera de España, siempre que la competencia para su conocimiento corresponda a los Tribunales españoles.

Se concede también amnistía por los delitos de rebelión y sedición tipificados en el vigente Código de Justicia Militar, así como los previstos en los artículos 315 a 318, ambos inclusive, del propio Código y los equivalentes a cualquiera de ellos en los derogados Códigos de Justicia Militar y Penal de la Marina de Guerra. Respecto de los delitos incluidos en leyes especiales complementarias de tales Códigos, se estará a lo dispuesto en el apartado anterior.

Se amnistía igualmente a los prófugos y desertores, sin perjuicio de la situación militar que por su edad les corresponda. También son amnistiados los que por objeción de conciencia se hubieren negado a prestar el servicio militar en los términos previstos en el artículo 383 bis del Código de Justicia Militar. La amnistía no comprenderá, sin embargo, la incapacidad del condenado, mientras no se rehabilite, para ingresar al servicio de la Administración Militar y para obtener permiso de tenencia y uso de armas.

La amnistía se extiende a los quebrantamientos de condena de los delitos amnistiados y no comprende los delitos de injuria o calumnia perseguidos a instancia del ofendido, salvo que medie perdón de éste. La amnistía de los delitos y faltas mencionadas en los apartados precedentes alcanza a los cometidos con anterioridad al día 30 de julio de 1976.

Este Real Decreto-ley otorgó una amnistía para todas las responsabilidades derivadas de acontecimientos políticos o delitos y faltas de opinión ocurridos hasta el 30 de julio de 1976, con el fin de promover la reconciliación de todos los miembros de la nación, como así señalaba su preámbulo<sup>14</sup>. En ese mismo sentido, se dictó la Ley

<sup>14</sup> Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía, párr. 1. *«La Corona simboliza la voluntad de vivir juntos todos los pueblos e individuos que integran la indisoluble comunidad nacional española. Por ello, es una de sus principales misiones promover la reconciliación de todos los miembros de la Nación, culminando así las diversas medidas legislativas que ya, a partir de la década*

46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, que ampliaba los efectos de la anterior, la cual estableció:

**Artículo primero.**

I. Quedan amnistiados:

- a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.
- b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.
- c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

II. A. los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad criminal.

La amnistía también comprenderá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior.

**Artículo segundo.**

En todo caso están comprendidos en la amnistía:

- a) Los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ellos, tipificados en el Código de justicia Militar.
- b) La objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos.
- c) Los delitos de denegación de auxilio a la Justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional.
- d) Los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación.

*de los cuarenta, han tendido a superar las diferencias entre los españoles. Tal es el caso de la reintegración de los derechos pasivos a los militares sancionados después de la pasada contienda, de los distintos indultos concedidos y de la prescripción, por ministerio de la ley, de todas las responsabilidades penales por hechos anteriores al 1 de abril de 1939».*

e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley.

f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

Esta ley de amnistía es la más importante en España, puesto que declaró amnistiados todos los delitos cometidos hasta el 15 de diciembre de 1976, incluyendo los delitos de sangre. Según TAMARIT:

La disposición de carácter transicional más importante y de mayor trascendencia fue la Ley de Amnistía, aprobada por el primer Parlamento elegido democráticamente tras la muerte de Franco. La amnistía de los presos políticos, que habían sufrido represión por su oposición al régimen franquista, era una de las principales reivindicaciones de los partidos democráticos. La Ley de Amnistía fue aprobada el 6 de octubre de 1977 con el voto favorable de más de 90% de los diputados, entre los que se encontraban los partidos políticos que representaban la oposición democrática al franquismo. La amnistía se extendía incluso a quienes habían cometido delitos de sangre si habían actuado por motivos políticos, lo que incluía a los miembros de ETA y otras organizaciones terroristas [ - ]<sup>15</sup>

La promulgación de esta ley supuso una transición que olvidaba a las víctimas y a las graves violaciones de derechos humanos, asimismo sepultaba la verdad y fomentaba la impunidad a diferencia de la justicia transicional aplicada por ejemplo en el caso alemán en el cual se juzgó a los responsables de violaciones de derechos. En referencia a las leyes de amnistía, la Comisión de Derechos Humanos emitió un informe defendiendo el uso de las amnistías en determinados casos:

A lo largo de los años 70, las organizaciones no gubernamentales, los defensores de los derechos humanos y los juristas, así como, en ciertos países, la oposición democrática cuando tenía ocasión de expresarse, se movilizaron en pro de la amnistía de los presos políticos. Esa tendencia fue una de las características de los países de América Latina sometidos en aquella época a regímenes dictatoriales. Entre los pioneros, cabe citar a los comités pro amnistía que surgieron en el Brasil, a la

<sup>15</sup> TAMARIT, J., «Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal» en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, p. 46.

Secretaría internacional de juristas pro amnistía en el Uruguay (SIJAU) y a la Secretaría pro amnistía y democracia en el Paraguay (SIJADEP). Se ha podido comprobar que la amnistía, en su calidad de símbolo de libertad, funcionaba como banderín de enganche para amplios sectores de la opinión, lo que facilitó gradualmente la unificación de infinidad de iniciativas de resistencia pacífica o de lucha contra los regímenes dictatoriales de la época<sup>16</sup>.

Este tipo de amnistía estaba enfocado a las personas que habían sufrido represión por parte de las dictaduras latinoamericanas, por lo que a través de esta figura se pretendía la liberación de las personas encarceladas por sus ideologías contrarias a los respectivos regímenes. De ninguna manera constituían leyes que pretendían perpetuar la impunidad, únicamente se buscaba la cohesión social ya que favorecía a las personas privadas de libertad sobre todo debido a su ideología.

Por otra parte, en la década de los 80 y 90 algunas dictaduras que ostentaban el poder en países latinoamericanos dictaron leyes de autoamnistía, con el propósito de asegurar la impunidad para las violaciones de derechos humanos que habían cometido. Este fue el caso de Argentina, donde la Junta militar que gobernó como consecuencia de un golpe de Estado, se vio obligada a entregar el poder en 1983 debido a las crecientes protestas sociales, a la presión internacional por las violaciones a los derechos humanos y a la derrota en la Guerra de las Malvinas. En consecuencia, se promulgó la Ley 22.924, llamada ley de pacificación nacional, la cual declaraba:

[...] extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Los beneficios otorgados por esta ley se ext[endían], asimismo, a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiere sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado. Los efectos de esta ley alcanza[ban] a los autores, partícipes,

<sup>16</sup> ONU. Comisión de Derechos Humanos. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. E/CN.4/SUB.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997. Se puede encontrar en Comisión Colombiana de Juristas, Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones, 2007, p. 71.

instigadores, cómplices o encubridores y comprendían a los delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos<sup>17</sup>.

Con la llegada del nuevo gobierno, esta ley fue derogada y declarada inconstitucional, sin embargo el 23 de diciembre de 1986 el Congreso dictó la ley 23.492, conocida como «Ley de Punto Final», la misma en su artículo 1 estableció la extinción de las acciones penales respecto de toda persona que no estuviera prófuga o declarada en rebeldía, siempre que por medio de un tribunal competente no se la citara a prestar declaración indagatoria dentro de los 60 días contados a partir de la publicación de la ley. Por otra parte, el 4 de junio de 1987, con posterioridad al levantamiento militar ocurrido en la Semana Santa del mismo año, cediendo a las presiones de las Fuerzas Armadas, se dictó la Ley 23.521, llamada «Ley de obediencia debida», en orden a delimitar los alcances del deber de la obediencia debida en los casos de violaciones de derechos humanos. La misma establecía una presunción de que los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas, - cuyo grado estuviera por debajo de Coronel-, no eran punibles por haber actuado en virtud de la obediencia debida.

Otro caso de autoamnistía se dio en Perú, donde desde 1980 existía un conflicto entre el Estado y grupos terroristas, como respuesta a ello, durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori, se intensificó la llamada lucha antisubversiva, mediante la cual el Estado utilizó métodos inapropiados que atentaban contra los derechos humanos, empleando una práctica sistemática y generalizada de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Estas acciones eran llevadas a cabo por agentes estatales que operaban con plena aquiescencia de la presidencia de la República y de los más altos cargos del ejército. El país se encontraba en una crisis debido al terrorismo y a la inseguridad jurídica consecuente del autogolpe de Estado de 1992, mediante el cual el expresidente Fujimori disolvió el Congreso de la República e intervino el Poder Judicial. Todo ello, contribuyó a una situación generalizada de impunidad, propiciada por la ausencia de garantías judiciales e ineficacia de las instituciones judiciales. Del mismo modo se adoptaron dispositivos legales para obstaculizar las investigaciones, como la derivación de los casos a fueros que no tenían competencia, como el fuero militar y la promulgación de leyes de amnistía.

<sup>17</sup> Artículo 1 de la Ley n.º 22.924 de 22 de septiembre de 1983.



El 16 de junio de 1995, -con el control casi absoluto del Congreso-, se aprobó la Ley 26.479 «Ley de amnistía», mediante la cual se concedía amnistía general «al personal Militar, Policial o Civil [...] que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por [...] hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde Mayo de 1980»<sup>18</sup>.

La aprobación de esta ley, supuso el sobreseimiento de muchas causas, la excarcelación de los ya condenados y la imposibilidad de llevar a juicio a los responsables de las diversas atrocidades cometidas. Algunos jueces, decidieron no aplicarla debido a que la consideraron inconstitucional y contraria a las obligaciones adoptadas por el Estado peruano. En respuesta a ello, el Congreso dictó una nueva ley el 28 de junio de 1995, la Ley 26.492, denominada «Ley interpretativa de la ley de amnistía», la cual establecía que la ley de amnistía era de aplicación obligatoria por los órganos jurisdiccionales.

Fue en este contexto de impunidad reinante, cuando se celebró la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena el 25 de junio de 1993, la cual supuso un hito en la historia de la ONU por su alta participación y consenso. Participaron alrededor de 7.000 personas entre miembros de diversas ONG y representantes de 171 Estados, estos últimos aprobaron por unanimidad el documento denominado Declaración y Programa de Acción de Viena. Esta declaración, en su párrafo 60 señaló: «Los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley»<sup>19</sup>.

Es a partir de este momento cuando se encarga a expertos la elaboración de distintos informes en materia de lucha contra la impunidad. En este sentido, en el año 1997, se publicó el Informe acerca de la cuestión de impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos<sup>20</sup> de 2 de octubre de 1997, donde en el punto 32 se estableció que «Los autores de violaciones no podrán beneficiarse de la amnistía mientras las víctimas no hayan obtenido justicia mediante un recurso efectivo.

<sup>18</sup> Artículo 1 de la Ley n°. 26.479.

<sup>19</sup> ONU. Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), parte II, párr. 60.

<sup>20</sup> ONU. Comisión de Derechos Humanos. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), *supra*.

Jurídicamente carecerá de efecto con respecto a las acciones de las víctimas vinculadas al derecho a reparación»<sup>21</sup>. Asimismo, se estableció que los autores de crímenes graves según el derecho internacional no se podían beneficiar de tales medidas mientras el Estado no haya satisfecho su obligación de investigar sobre las violaciones, de tomar las medidas adecuadas para detener a sus autores para que estos sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de asegurar a sus víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, y de tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones<sup>22</sup>. La postura de la ONU con respecto a las leyes de amnistía es clara y contundente al manifestar que las amnistías no son aceptables en tres casos:

- a. Si impiden el enjuiciamiento de personas que pueden resultar penalmente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos, incluidos los delitos que afecten concretamente a la mujer y la violencia de género;
- b. Si interfieren con el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, incluida la reparación, o
- c. Si limitan el derecho de las víctimas y las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario. Además, las amnistías que procuren restaurar los derechos humanos deben estar formuladas con miras a velar por no limitar los derechos restaurados ni perpetuar en algún sentido las violaciones iniciales<sup>23</sup>.

Todo ello contribuyó a crear una conciencia internacional respecto a las autoamnistías otorgadas principalmente en países latinoamericanos, que impedían el enjuiciamiento de los responsables de las más graves violaciones de derechos

<sup>21</sup> *Ibíd*, párr. 32. "Amnesty cannot be accorded to perpetrators of violations before the victims have obtained justice by means of an effective remedy. It must have no legal effect on any proceedings brought by victims relating to the right to reparation".

<sup>22</sup> *Cfr. Ibíd*. Principio 25. Restrictions and other measures relating to amnesty. "Even when intended to establish conditions conducive to a peace agreement or to foster national reconciliation, amnesty and other measures of clemency shall be kept within the following bounds: (a) The perpetrators of serious crimes under international law may not benefit from such measures until such time as the State has met the obligations referred to in principle 18"; Principio 18. Duties of States with regard to the administration of justice. "Impunity arises from a failure by States to meet their obligations to investigate violations, to take appropriate measures in respect of the perpetrators, particularly in the area of justice, by ensuring that they are prosecuted, tried and duly punished, to provide victims with effective remedies and reparation for the injuries suffered, and to take steps to prevent any recurrence of such violations."

<sup>23</sup> OHCHR. Instrumentos del Estado para sociedades que han salido de un conflicto, amnistías, HR/PUB/09/1, p. 44.

humanos. Asimismo, la labor de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos sentaron jurisprudencia<sup>24</sup> en conformidad con los principios universales señalados por JOINET. En consecuencia, en el año 2003 en Argentina se aprobó la Ley 25.779, que declaraba nulas las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final. Del mismo modo, en el ordenamiento interno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, declaró la inconstitucionalidad de ambas leyes el día 14 de junio de 2005. En el mismo sentido, Perú fue condenado en 2001 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) por la aplicación de leyes de autoamnistía y en el año 2005 la Fiscalía de la Nación dictó una resolución por la cual «los Fiscales de todas las instancias, que hayan intervenido ante los órganos jurisdiccionales que conocieron procesos en los que se hayan aplicado las leyes n.º 26.479 y 26.492 solicitarán a la Sala o Juzgado homólogo, la ejecución de las sentencias supranacionales»<sup>25</sup>, en relación al precedente del Caso Barrios Altos.

Por lo tanto, las leyes de amnistía se dejaron de aplicar y el Tribunal Constitucional del Perú consideró que:

Las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 son nulas y carecen, *ab initio*, de efectos jurídicos. Por tanto, también son nulas las resoluciones judiciales dictadas con el propósito de garantizar la impunidad de la violación de derechos humanos [...]. En su condición de resoluciones judiciales nulas, las mismas no dan lugar a la configuración de la cosa juzgada constitucional garantizada por los artículos 102, inciso 6 y el artículo 139, inciso 13, de la Constitución [peruana], en la medida en que no existe conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales que la Constitución consagra<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001, consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendían impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese mismo sentido, véase *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Para más información ver el capítulo IV de la tesis.

<sup>25</sup> Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 815-2005-MP-FN, publicada en el diario El Peruano el 20 de abril de 2005.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 2 de marzo de 2007, 00679-2005-AA, párr. 60.

En esta misma línea, un informe de 2006 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos llegó a la conclusión de que:

El derecho a conocer la verdad acerca de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves de las normas de derechos humanos es un derecho autónomo e inalienable, vinculado a la obligación y el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, realizar investigaciones eficaces y velar porque haya recursos efectivos y se obtenga reparación. Este derecho, estrechamente vinculado con otros derechos, tiene aspectos tanto individuales como colectivos, y ha de considerarse como un derecho que no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones<sup>27</sup>.

En consecuencia, «las amnistías y otras medidas análogas y las restricciones al derecho a solicitar información nunca deben utilizarse para limitar, denegar o perjudicar el derecho a la verdad»<sup>28</sup>.

Concretamente en el caso español, los organismos internacionales vienen haciendo abundante referencia a esta Ley de Amnistía por considerarla contraria a los principios del Derecho Internacional, así el Comité contra la Desaparición Forzada, - sobre el cual profundizaremos en el capítulo III- indicó a España:

[...] exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía<sup>29</sup>.

Asimismo, el Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de las Naciones Unidas manifestó:

<sup>27</sup> ONU. Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, p. 1.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, párr., 60.

<sup>29</sup> ONU. Comité Contra la Desaparición Forzada, "Observaciones Finales sobre el Informe Presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención", Documento de las Naciones Unidas, CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párr. 12.

En España se ha alegado que la Ley 46/1977 (Ley de Amnistía) no es una ley de «punto final» puesto que fue adoptada democráticamente por el primer parlamento elegido después de la transición. El hecho de que la ley fue adoptada no por el régimen anterior sino por un parlamento elegido democráticamente la hace, es cierto, diferente de una 'auto-amnistía'. Pero en efecto la ley acabó cumpliendo las funciones de una ley de punto final en tanto que se ha utilizado para archivar prácticamente la totalidad de los casos que llegan ante los jueces. Aun en países que no han derogado leyes de amnistía, los tribunales de algunos de ellos han encontrado interpretaciones tanto de esas leyes como de los principios relevantes (legalidad, no retroactividad) que no han impedido la investigación y el procesamiento de presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. Esto incluye, por ejemplo, interpretaciones según las cuales las amnistías suspenden la responsabilidad penal, pero, en la medida en que requieren para su aplicación una determinación judicial (como sucede con la ley 46/1977), requieren a su vez al menos una investigación de los hechos, pues de otra manera no hay responsabilidad alguna que se pueda suspender o extinguir [...]. [...] Implementar las recomendaciones del Comité contra la Tortura, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas, en particular en relación a: privar de efectos la ley de amnistía de 1977<sup>30</sup>.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de la ONU tras su visita a España en septiembre de 2013, manifestó lo siguiente:

[...] la combinación de un marco legislativo deficiente, una judicatura que no ha interpretado la ley a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, fiscales que no han impulsado las investigaciones y la presencia de una Ley de

<sup>30</sup> Relator Especial Para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición de las Naciones Unidas, "Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España", 3 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=E> (Visto por última vez: 26 de septiembre de 2018).

amnistía, han creado un patrón de impunidad para los casos de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y la dictadura<sup>31</sup>.

Esta ley de amnistía es una de las razones esgrimidas por los tribunales internos para la desestimación de los casos relativos a desapariciones forzadas practicadas en España durante la guerra y la posguerra.

España adoptó su primer Código Penal en 1822, el cual ha tenido numerosas modificaciones a lo largo de la historia<sup>32</sup>, siendo el Código Penal vigente el de 1995<sup>33</sup>. Sin embargo no fue hasta el año 2015 cuando se introdujo el delito de desaparición forzada de personas en el Código Penal español, a través de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que incluyó el delito en el artículo 607 bis, 2, apartado 6º, el cual reza de la siguiente manera:

Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley<sup>34</sup>.

A pesar de esta inclusión, este hecho no ha tenido mayor repercusión, puesto que resulta insuficiente ya que no cumple con los estándares en materia legislativa respecto a la desaparición forzada. La pena con la que se castiga el delito es muy baja si tenemos en cuenta la gravedad del mismo. Asimismo, el delito no está tipificado como delito autónomo sino que se incluye en los delitos de lesa humanidad, es decir

<sup>31</sup> Grupo de Trabajo Sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Las Naciones Unidas, "Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España", 30 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S> (Visto por última vez: 26 de septiembre de 2018).

<sup>32</sup> Entre Códigos y reformas: 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y su actualización en 1973, 1989, 2003, 2010 y 2015.

<sup>33</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>34</sup> Código Penal Español. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. (Visto por última vez: 14 de diciembre de 2017).

se exige que esté cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella.

En ese mismo sentido se manifestó el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias en su informe de fecha 7 de septiembre de 2017<sup>35</sup>, relativo a su visita a España del 23 al 30 de septiembre de 2013, en el cual entre otras cosas reconoce de forma positiva la reforma del Código Penal, por recoger la tipificación de los crímenes contra la humanidad en el artículo 607 bis tal como están definidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional pero considera que la tipificación de la desaparición forzada incluida por la reforma no es plenamente compatible con la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Del mismo modo critica que «la nueva legislación tampoco reconoce las consecuencias sobre la prescripción dado al carácter continuado del delito de desaparición forzada, ni establece la responsabilidad de los superiores jerárquicos del autor en aquellos casos en los que por acción u omisión hubiesen posibilitado la ocurrencia de una desaparición forzada»<sup>36</sup>.

## 2) *La «Ley de memoria histórica» en España y su alcance actual*

En el año 2007 se aprobó la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, denominada comúnmente en España como la Ley de memoria histórica. Su objetivo se recoge en el artículo 1 el cual declara:

La presente Ley tiene por objeto reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia

<sup>35</sup> Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. A/HRC/36/39/Add.3.Distr: General 7 September 2017. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/260/51/PDF/G1726051.pdf?OpenElement> (Visto por última vez: 27 de septiembre de 2018).

<sup>36</sup> *Ibíd.*, párr. 35.

religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales. Mediante la presente Ley, como política pública, se pretende el fomento de los valores y principios democráticos, facilitando el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra civil y la Dictadura, y asegurando la preservación de los documentos relacionados con ese período histórico y depositados en archivos públicos<sup>37</sup>.

La aprobación de esta ley supuso un avance histórico en materia de reconciliación nacional puesto que hasta ese momento no se había dado importancia a la memoria, a la historia y a las víctimas desde un punto de vista más allá de lo económico. Sin embargo, en la práctica el resultado no fue tan satisfactorio debido a la oposición de grupos políticos que señalaban que esta ley era una forma de reabrir viejas heridas.

El Partido Popular manifestó inmediatamente su oposición, por entender que se trataba de un intento de reconstruir la "Memoria Histórica" y exigir responsabilidad por crímenes pasados, indicando que el Proyecto estaba animado por la venganza, era contrario al espíritu de la transición española, y corría el riesgo de reabrir heridas. Conviene recordar que Fraga Iribarne, ministro de Franco en la década de los sesenta, seguía siendo en esos momentos Presidente Honorario del Partido Popular. Por otra parte, el miedo a reabrir los conflictos previos a la Guerra, especialmente entre los militares y la Guardia Civil, había sido una barrera infranqueable para muchas

<sup>37</sup> Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Disponible en internet: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22296> (Visto por última vez: 4 de diciembre de 2018).



iniciativas a favor de estudiar las atrocidades cometidas durante la Dictadura franquista [...]»<sup>38</sup>.

Esta postura de una parte de la población representada en partidos políticos obedece a una desinformación total en materias y principios de justicia transicional<sup>39</sup>, lo que se traduce en el imaginario colectivo como una forma de venganza. Nada más alejado de la realidad puesto que la historia nos enseña que es imposible la creación de una sociedad justa y respetuosa de la diversidad mientras no se reconozca la verdad de lo acontecido y el reconocimiento y reparación de las víctimas, independientemente de ideologías y creencias.

A pesar de la importancia de esta Ley de memoria histórica<sup>40</sup>, debemos señalar que su alcance ha sido escaso, entre otras razones por la falta de interés político para dotar de presupuesto a las medidas reconocidas por la ley encaminadas entre otras a la identificación y localización de víctimas, recogidas en el artículo 12:

El Gobierno, en colaboración con todas las Administraciones públicas, elaborará un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la colaboración institucional y una adecuada intervención en las exhumaciones. Asimismo, celebrará los oportunos convenios de colaboración para subvencionar a las entidades sociales que participen en los trabajos. Las Administraciones públicas elaborarán y pondrán a disposición de todos los interesados, dentro de su respectivo ámbito territorial, mapas en los que consten los terrenos en que se localicen los restos de las personas a que se refiere el artículo anterior, incluyendo toda la información complementaria disponible sobre los mismos. El Gobierno determinará el procedimiento y confeccionará un mapa integrado que comprenda todo el territorio español, que será accesible para todos los ciudadanos interesados y al que se incorporarán los datos que deberán ser

<sup>38</sup> DE LA CUESTA, J. L. y ODRIOZOLA, M., «Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-08, 14 de junio de 2018, p. 7. [En línea] Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-08.pdf> (Visto por última vez: 28 de septiembre de 2018).

<sup>39</sup> Para más información ver BASSIOUNI, M. C. & ROTHENBERG, D., (eds.). *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, International Human Rights Law Institute, Chicago: 2008 y BASSIOUNI, M. C., (ed.). *Post-Conflict Justice*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2002.

<sup>40</sup> Para más información sobre la memoria histórica en España véase: GIL GIL, A., *La justicia de transición en España: De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona: Atelier, 2009; MARTÍN PALLÍN, J., y ESCUDERO ALDAY, R., *Derecho y memoria histórica*, Madrid: Trotta, 2008; GÓMEZ ISA, F., *El derecho a la memoria*, Bilbao: Alberdania, 2006.

remitidos por las distintas Administraciones públicas competentes. Las áreas incluidas en los mapas serán objeto de especial preservación por sus titulares, en los términos que reglamentariamente se establezcan. Asimismo, los poderes públicos competentes adoptarán medidas orientadas a su adecuada preservación.

Sucede lo mismo en el ámbito judicial, en el cual las víctimas no han podido obtener reparación por la aplicación de la ley de amnistía, esto junto a la falta de compromiso político para hacer cumplir los objetivos trazados en la Ley de memoria histórica contribuyen a un clima de impunidad y a una sociedad injusta en la que existen víctimas que aún siguen reclamando sus derechos. La postura del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias es similar, habiendo manifestado:

El Grupo de Trabajo sigue consternado por el hecho de que hasta la fecha no se haya velado por garantizar el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales españoles sobre los delitos de desaparición forzada ocurridos durante la Guerra Civil y la dictadura. Se observa con preocupación la permanencia de un patrón de impunidad basado en una serie de factores y argumentos contrarios a los principios que emergen de las obligaciones internacionales de España, incluida la Declaración para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>41</sup>.

En consecuencia, resulta evidente que España no ha cumplido con su obligación de investigar los crímenes, establecer responsabilidades y reparar a las víctimas, a pesar de que numerosos órganos internacionales han manifestado su postura contraria a la expresada por los órganos españoles, lo que en conclusión convierte a España en un país que no cumple con sus obligaciones internacionales en relación a las desapariciones forzadas cometidas durante la guerra y la posguerra.

<sup>41</sup> A/HRC/36/39/Add.3, párr. 44.

## 1.2 La posición del Tribunal Supremo español respecto de las desapariciones forzadas en España

### a. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012. STS 101/2012

El 16 de octubre de 2008, el ex magistrado-juez del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de Madrid de la Audiencia Nacional, Baltasar GARZÓN, se declaró competente a través de un Auto para conocer desapariciones «por presuntos delitos de detención ilegal basadas en los hechos que se describen en las mismas, fundamentalmente por la existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español»<sup>42</sup>, todo ello en el contexto de crímenes contra la humanidad. Como señala FERRÁNDIZ:

Cuando el juez Baltasar Garzón acepta la competencia para tramitar la causa por presuntos delitos permanentes de detención ilegal en el marco de los crímenes contra la humanidad, contabilizando un total de 114.266 casos entre el 17 de julio de 1936 y diciembre de 1951, se produce un torbellino de enorme intensidad y corta duración, en el que, en apenas cuatro semanas, se entremezclarían tecnicismos jurídicos con controversias políticas y una significativa tormenta mediática<sup>43</sup>.

Resume así este autor:

En el Auto del 16 de octubre, el juez Garzón consideraba que durante la Guerra Civil y el franquismo se habían producido graves violaciones de derechos, asimilables a la categoría jurídica de crímenes de lesa humanidad, y mantenía que, en el contexto de un delito contra Altos Organismos de la Nación, el procedimiento de *desapariciones forzadas* -emanadas de los Bandos de Guerra, los Consejos de Guerra sumarísimos y la arquitectura represiva posterior a 1945- fue usado sistemáticamente para entorpecer la identificación de las víctimas e impedir la actuación de la justicia hasta

<sup>42</sup> Audiencia Nacional. Juzgado central de instrucción n.º 5. Diligencias Previas Proc. Abreviado 399/2006 V. Auto de 16 de octubre de 2008.

<sup>43</sup> FERRÁNDIZ, F., «De las fosas comunes a los derechos humanos: El descubrimiento de las desapariciones forzadas en la España contemporánea» en *Revista de Antropología Social*, vol. 19, 2010, p. 167.

el día de hoy. Garzón apelaba al artículo 607 bis del Código Penal español - introducido en el año 2003 y donde se recoge la vigencia de los delitos de lesa humanidad de acuerdo con el derecho internacional-, al Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 y a otros antecedentes, como el Estatuto de Nüremberg (1945) o algunas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para acogerse a la calificación jurídica de delito permanente por detención ilegal y sin ofrecerse razón del paradero de la víctima, equivalente a la desaparición forzada<sup>44</sup>.

En consecuencia, el Fiscal-jefe de la Audiencia Nacional, Javier ZARAGOZA interpuso un recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 20 de octubre de 2008, solicitando la revocación del auto de 16 de octubre de 2008 y su declaración de nulidad de pleno derecho así como la declaración de incompetencia del órgano judicial por considerar infringidas las normas de competencia objetiva y funcional conforme al art. 238.1º de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>45</sup>. Una

vez reunido el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 2 de diciembre de 2008 se decretó la falta de competencia objetiva del Juzgado Central n.º 5 y se dejó sin efecto las actuaciones recogidas en el Auto de 16 de octubre de 2008<sup>46</sup>.

El 26 de enero de 2009, el sindicato Manos Limpias, interpuso una querella contra el magistrado GARZÓN por un presunto delito de prevaricación. La Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó auto el 26 de mayo de 2009, en el que se declaró competente para la instrucción y el enjuiciamiento de la causa por lo que admitió a trámite la querella. Contra la referida resolución, GARZÓN formuló recurso de súplica y se dio traslado al Ministerio Fiscal. El 8 de junio de 2009, el Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso de súplica formulado contra el auto de 26 de mayo y solicitó la sustitución por otro que acordase la inadmisión a trámite de la querella presentada. La representación del querellante, por escrito de 7 de junio de 2009, formuló oposición al recurso planteado, interesando la confirmación en todos

<sup>44</sup> Ibid., p. 167.

<sup>45</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «Artículo 238. Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1.º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional».

<sup>46</sup> Para más información véase: CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008» en *Za Zey: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2009, tomo 1, pp. 1415-1424.

sus extremos del auto recurrido. Mediante auto de 15 de Junio de 2009 se acordó la desestimación del recurso de súplica formulado contra el anterior de 26 de mayo que se confirmó íntegramente. El 7 de abril de 2010 se acordó la prosecución de la causa contra GARZÓN por el presunto delito de prevaricación. En fecha 11 de mayo de 2010 se acordó la apertura del juicio oral y el Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento del procedimiento por no estimar existencia de delito. El 24 de enero de 2012 se señaló para la práctica de las cuestiones previas interesadas por la defensa en su escrito de 17 de junio de 2010. El 24 de enero de 2012 se celebró la vista y la deliberación, la cual finalizó el 8 de febrero de 2012<sup>47</sup>.

El Tribunal Supremo dictó sentencia el 27 de febrero de 2012<sup>48</sup>, en la cual absolvió al exmagistrado del delito de prevaricación. El estudio de esta sentencia resulta esencial puesto que es la que cerró toda posibilidad de juzgar las desapariciones forzadas en España. El Tribunal Supremo aplicó la ley de amnistía para las desapariciones y demás delitos cometidos, junto a este argumento también manifestó la no calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad y la falta de objeto jurídico<sup>49</sup>, alegando que:

El sistema español se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático. Sin embargo, desde las denuncias, y quizás también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra las personas determinadas, o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Mas bien, se pretendía mediante la

<sup>47</sup> Cfr. Antecedentes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012. 101/2012.

<sup>48</sup> Véase: CHINCHÓN, J., VICENTE, L. y MORENO, A., «La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas» en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 66-101; GALELLA, P., «La obligación de investigar las desapariciones forzadas y su aplicación a los crímenes del franquismo en España» en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 14, 2014, pp. 77-116; FERRÁNDIZ, F., ob. cit.

<sup>49</sup> Sobre este extremo, véase también: CITRONI, G., "The Pitfalls of Regulating the Legal Status of Disappeared Persons Through Declaration of Death" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, pp. 793-794.

demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes<sup>50</sup>.

La sentencia afirma que lo que pretendían las víctimas era conocer la verdad de lo sucedido a sus familiares y no un verdadero proceso penal dirigido a enjuiciar a los presuntos responsables, por lo que la vía penal no era la idónea. De este modo, la judicatura negaba el derecho a la verdad a las víctimas y a los familiares de estas, asimismo no cumplía con su obligación de llevar a cabo una investigación efectiva ni con los estándares internacionales respecto al derecho a la verdad en graves violaciones de derechos humanos, el cual no solo exige al Estado el enjuiciamiento de los responsables sino también la realización de una investigación eficaz de las violaciones y garantizar recursos efectivos y reparación para las víctimas.

Recordemos que en el sistema regional europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) impone una obligación procedimental en el artículo 2 (derecho a la vida) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) por la que se impone el deber de llevar a cabo una investigación oficial, adecuada y efectiva. Si bien es cierto que el CEDH entró en vigor en 1979 para España y los hechos sucedieron muchos años antes de la entrada en vigor del Convenio, es posible que la obligación de investigación persista, para ello habrá que atender a cada caso en particular y sus circunstancias. El TEDH viene exigiendo un vínculo real entre la muerte en cuestión y la entrada en vigor del Convenio respecto del Estado demandado. «De lo contrario, el Estado concernido no sólo viola su obligación de investigar de modo efectivo sino también otros derechos estrechamente vinculados a tal obligación como es el caso del derecho al recurso efectivo y el derecho a la reparación»<sup>51</sup>. Este deber de investigación, en el cual profundizaremos mas adelante viene recogido también por la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y supone a su vez un modo de reparación.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012. Sentencia 101/2012. Fundamento de derecho 1.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., «La Obligación De Investigación Efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Especial Referencia a la Práctica Española» en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 26, diciembre 2013, p. 6.

Por otra parte, la sentencia 101/2012 hace referencia a ciertas causas de extinción de la responsabilidad penal tales como la muerte del reo, la prescripción del delito y la amnistía. La misma, hace una referencia sesgada a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007<sup>52</sup>, conocido como el Caso Scilingo, -en el cual se juzgó a un alto cargo militar de la dictadura argentina- manifestando que el Tribunal Supremo ya había establecido en dicho caso que «es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales».

Volviendo a la sentencia del Caso Scilingo, esta había realizado un estudio profundo de la calificación de los hechos, en la cual si bien no se juzgaron los delitos como crímenes de lesa humanidad, fueron subsumidos en tipos jurídicos existentes en el ordenamiento interno español. A continuación, transcribimos parte del fundamento jurídico sexto (puntos 3 a 6), de dicha sentencia puesto que su estudio resulta imprescindible para visualizar la incoherencia de lo manifestado por el Tribunal Supremo en la sentencia 101/2012.

En la sentencia impugnada se sostiene que el artículo 607 bis viene a incorporar una norma previa de Derecho Internacional Penal consuetudinario. Niega el recurrente la posibilidad de aplicación directa de las normas de Derecho Internacional Penal. Las normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución. [ \_ ] la esencia de las conductas prohibidas más relevantes en cuanto se refieren a la violación de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida. Se trata de hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares, siempre ejecutados, como se ha dicho, desde estructuras de poder organizadas dentro del Estado o de una organización similar, que son aprovechadas

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007. Sentencia 798/2007.

por los autores no solo para facilitar la ejecución sino también para procurar la impunidad. Generalmente tienen lugar en el marco de persecuciones de personas o de grupos por razones políticas o político-económicas vinculadas de alguna forma al ejercicio abusivo, y por lo tanto ilegítimo, del poder.

Las referencias a estas conductas en el Derecho Internacional Penal con anterioridad a los hechos enjuiciados han sido generalmente previas a su constatación en normas de derecho interno. Desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Martens), la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito. Las consecuencias de su apreciación se concretan en el reconocimiento de esa extraordinaria gravedad desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos, y en la aceptación internacional de la necesidad de proceder a su persecución y castigo, haciendo efectivo un impulso internacional que supere las dificultades derivadas de su propia naturaleza. Aunque el elemento de contexto, que caracteriza a estos delitos frente a las infracciones comunes, se identificó en un principio, y por razones obvias, (Acuerdo de Londres y Estatuto del Tribunal de Núremberg) con un nexo de guerra, pronto fue abandonada tal configuración. Ya en la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia [Artículo 1.b)] a los crímenes de lesa humanidad "cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, [ - ]" [ - ] Estas consideraciones relacionadas con su origen permiten reconocer a estas normas, en cuanto constituyen las bases normativas para la protección de los Derechos Humanos, algunos efectos diferentes a los de otras que también forman parte del Derecho Internacional Penal, pero que vienen referidas a la persecución internacional de otras conductas delictivas previamente contempladas a nivel interno y que solo posteriormente han sido incorporadas a instrumentos internacionales.



En este párrafo, el Tribunal Supremo español reconoce la gravedad de las desapariciones forzadas ejecutadas desde una estructura de poder y hace referencia a las mismas en Derecho Internacional incluso antes de ser recogidas en normas de derecho interno, para ello hace referencia directa al elemento de contexto, el cual permite atribuir la calidad de delito de lesa humanidad a una conducta que previamente era constitutiva de delito a pesar de no estar tipificada. Todo ello en virtud de la gravedad de la acción y la afectación del bien jurídico protegido<sup>53</sup>.

Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. [ - ] De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles.

Como consecuencia de este razonamiento, el Tribunal Supremo aplicó la figura de la detención ilegal y asesinato, que si se encontraban tipificadas en el Código español, y no la desaparición forzada<sup>54</sup>.

De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de Derecho Internacional Penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la

<sup>53</sup> Véase: LAMARCA PÉREZ, C., «Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo» en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 34, 2007, pp. 69-77; CAPELLA i ROIG, M., «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo» en *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, 2005, Issue 10, p. 9. En el cual, la autora señala que «el Tribunal propone, en este contexto, una *reinterpretación del principio de legalidad*, teniendo en cuenta el precedente de Nuremberg, donde se consideró que el principio de legalidad formal mediante ley escrita y estricta debía ceder cuando con su aplicación rigurosa y exacta representaría una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces».

<sup>54</sup> Véase: MENDOZA CALDERÓN, S., «La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: El caso Scilingo» en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2011, n.º 31, pp. 462-463. «Por otro lado, se estima que la ley no prohíbe sino que exige que el Tribunal tenga en cuenta la gravedad del hecho para la individualización de la pena, y aunque es necesario acudir a criterios jurídicos adecuados al ordenamiento, no sería preciso que la valoración se base en circunstancias expresamente contempladas en la ley».

interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de *ius cogens*. Consiguientemente, tanto las normas de derecho Penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional, aunque en alguna ocasión apreció dificultades para la aplicación del método teleológico en la interpretación (STC 237/2005), en otras lo ha admitido expresa o implícitamente (STC 111/1993, STC 120/2000 y STC 63/2005, tal como son citadas en la STS 645/2006, de 20 de junio, FJ 6º). En el mismo sentido, como derecho internacional consuetudinario, deben tenerse en cuenta los criterios contenidos en las sentencias de los Tribunales internacionales, y de otros Tribunales nacionales, especialmente cuando se pronuncian sobre delitos respecto de los que no existe jurisprudencia interna<sup>55</sup>.

En este punto el Tribunal Supremo reconocía la necesidad de acudir al Derecho Internacional penal consuetudinario para la protección de derechos cuya salvaguarda había alcanzado el estatus de norma imperativa, exigiendo además acudir al mismo para la interpretación y aplicación del derecho interno. El Tribunal Supremo es rotundo en manifestar que la interpretación de estas normas de derecho internacional obedecen a la necesidad de una protección eficaz de los derechos humanos. Asimismo, añadió que también deberán ser interpretadas las resoluciones de otros tribunales.

La vigencia del principio de legalidad, tal como antes fue expuesto, impide, pues, la aplicación directa del Derecho Internacional Penal consuetudinario como única

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007. Sentencia 798/2007. Fundamento jurídico sexto, párr. 5.

norma aplicable al caso. También impide la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no más favorable. Sin embargo, de ahí no se desprende que una condena por estos hechos suponga en todo caso una vulneración del principio de legalidad. Desde un punto de vista material, como hemos dicho más arriba, el principio de legalidad exige la previsibilidad de la sanción penal como consecuencia de la ejecución de una determinada conducta. No es posible aceptar que el acusado recurrente no pudiera prever el carácter delictivo de sus actos en el momento de su comisión y la consiguiente posibilidad de que le fuera impuesta una pena. Los hechos descritos en el hecho probado, de extraordinaria gravedad en atención a los bienes jurídicos que seriamente lesionan, y también en consideración a la forma en que lo hacen, eran claramente delictivos, como asesinatos o detenciones ilegales, en el momento de su comisión, tanto en Argentina, como se recoge en la sentencia impugnada, como en España, o como en cualquier país civilizado. Asimismo, la legislación vigente en ambos países preveía las correspondientes penas que, en Argentina, incluso podrían llegar en algunos casos a la reclusión perpetua. Desde esa perspectiva, la previsibilidad objetiva de una sanción penal para las conductas enjuiciadas es indiscutible.

Por otro lado, la ley no prohíbe sino que exige que el Tribunal tenga en cuenta la gravedad del hecho para la individualización de la pena, y aunque es necesario acudir a criterios jurídicos adecuados al ordenamiento, no es preciso que la valoración se base en circunstancias expresamente contempladas en la ley. Han de tenerse en cuenta, en este sentido, los bienes jurídicos lesionados y además que los hechos fueron ejecutados amparándose los autores en el poder detentado tras un golpe de Estado; que estaban orientados a asegurar la instauración de un régimen violentamente antidemocrático mediante la eliminación física de la disidencia activa, y que fueron desarrollados en secreto y en situación de clandestinidad. Su carácter delictivo no ofrece dudas, ni pudo ofrecerlas entonces a sus autores. La relevancia de las circunstancias en las que los hechos perseguidos fueron ejecutados tampoco es dudosa ni lo era entonces. [ - ]<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, *supra*, párr. 6.

Resulta sumamente importante el análisis realizado en el fundamento de derecho 6 de la sentencia del Caso Scilingo ya que si bien es cierto, el Tribunal impide la aplicación directa del artículo 607 bis del Código Penal español, dedicado a los delitos de lesa humanidad, también afirma que las normas de Derecho Internacional Penal consuetudinario no deben ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas ya que la Constitución española impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales recogidos en los diversos Pactos y Tratados ratificados por España. En consecuencia, Adolfo Scilingo fue condenado por delitos de asesinato y detención ilegal ya que las conductas enjuiciadas constituían en ese momento crímenes contra la humanidad según el Derecho Penal Internacional consuetudinario. Es decir, no se aplica directamente el tipo penal de crimen de lesa humanidad ya que no era favorable al reo y además había sido añadido con posterioridad al Código Penal pero si se aplican las normas de Derecho Penal Internacional ya que la sanción penal para los hechos delictivos (desapariciones) era previsible.

Volviendo a la sentencia de 27 de febrero de 2012, el Tribunal Supremo reiteró que no se podía aplicar el artículo 607 bis del Código Penal añadiendo que tampoco se podría acudir al «elemento de contexto de crímenes contra la humanidad» utilizado en el Caso Scilingo, alegando que: «no se satisfaría la exigencia de previsibilidad y accesibilidad; que no existía, en fin, conocimiento alguno del concepto mismo de "crímenes contra la humanidad" durante todo el período que abarcaba la investigación del juez Garzón. Es decir, que en España hasta por lo menos el año 1952, el mero concepto de "crímenes contra la humanidad" era algo absolutamente extraño, desconocido e imprevisible (penalmente)»<sup>57</sup>.

Este razonamiento utilizado por el Tribunal Supremo resulta del todo inverosímil si atendemos a los antecedentes de los crímenes de lesa humanidad, los cuales los podemos hallar por primera vez en los escritos de GROCIO<sup>58</sup>:

<sup>57</sup> CHINCHÓN, J., VICENTE, L. y MORENO, A., «La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas», ob. cit., p. 74.

<sup>58</sup> GROTIUS, H., *De Jure Belli ac Pacis* (Francis W. Kelsey trans, Oxford University Press, 1925) Book II, Ch. 20, XL (1). First published 1625. <http://www.lonang.com/exlibris/grotius/index.html>: Traducción propia. "The fact must also be recognised that kings, and those who possess rights equal to kings, have the right of demanding punishments not only on account of injuries committed against

Hay que reconocer también el hecho de que los reyes y los que poseen derechos iguales a los reyes tienen derecho a exigir castigos no sólo por lesiones cometidas contra ellos mismos o por sus súbditos, sino también por lesiones que no les afectan directamente sino que violan excesivamente la ley de la naturaleza o de las naciones con respecto a cualquier persona.

Asimismo, en el Siglo XIX, en el preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, se hace referencia a «que el empleo de tales armas sería, a partir de este momento, contrario a las leyes de la humanidad»<sup>59</sup>. Posteriormente, un término similar aparecería en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, en las que España participó. Sin embargo el término como tal, «crímenes contra la humanidad», aparecería en el año 1915 en una Declaración conjunta realizada por Francia, Gran Bretaña y Rusia con respecto a los crímenes contra el pueblo armenio, en la cual manifestaban que «en vista de estos nuevos crímenes de Turquía contra la humanidad y la civilización, los gobiernos aliados anuncian públicamente a la Sublime Puerta que deberán ser responsables personalmente de estos crímenes todos los miembros del gobierno otomano y sus agentes implicados en tales masacres»<sup>60</sup>.

*themselves or their subjects, but also on account of injuries which do not directly affect them but excessively violate the law of nature or of nations in regard to any persons whatsoever.*" Véase también GROTIUS, H., *De Jure Belli ac Pacis*, Book II, Ch. 25, VIII (2) "If, however, the wrong is obvious, in case some Busiris, Phalaris, or Thracian Diomedes should inflict upon his subjects such treatment as no one is warranted in inflicting, the exercise of the right vested in human society is not precluded"; DE Vattel, E., *Le Droit des Gens, ou, Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, Philadelphia: 1883, Book II, Ch. 4, p. 298 « Mais si le prince, attaquant les Loix Fondamentales, donne a son peuple un légitime sujet de lui résister, si la Tyrannie devenue insupportable, souleve la Nation ; toute puissance étrangere est en droit de secourir un peuple opprimé, qui lui demande son assistance. »

<sup>59</sup> International Military Commission, *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes in Weight*, 29 November 1868, en *American Journal of International Law*, vol. 1, n.º 2. April 1907. Preamble "the employment of such arms would, therefore, be contrary to the laws of humanity".

<sup>60</sup> France, Great Britain, and Russia Joint Declaration, Telegram from United States Department of State, Washington to United States Embassy, Constantinople, 29 May 1915: Traducción propia. "In view of these new crimes of Turkey against humanity and civilization the Allied governments announce publicly to the Sublime Porte that they will hold personally responsible [for] these crimes all members of the Ottoman government and those of their agents who are implicated in such massacres". Disponible en :

[http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current\\_category.7/affirmation\\_detail.html](http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation_detail.html).  
Última visita: 15 de diciembre de 2017.

Si bien es cierto que los crímenes contra la humanidad serían prohibidos expresamente en la Carta de Londres en 1945, -como veremos en el capítulo II- no podemos negar su existencia en el Derecho Internacional, incluso después de la Primera Guerra Mundial, ya se hablaba de las violaciones contra las leyes de la humanidad<sup>61</sup>; es decir, existía en la comunidad internacional algo más que una noción de estas leyes. Si bien no existía una lista cerrada de delitos de lesa humanidad, existía el reconocimiento de las graves violaciones que afectaban a la humanidad, con más énfasis si cabe en el ámbito europeo al haber vivido diversos conflictos internacionales. Recordemos que sería como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial la inclusión del concepto de crímenes contra la humanidad para juzgar las graves violaciones cometidas por los nazis.

Volviendo al caso español, el Tribunal Supremo ignoró los principios del Derecho Internacional consuetudinario. Del mismo modo, apoyó su postura en una decisión de admisibilidad del TEDH, nuevamente sesgando el contenido de la misma, así el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico sexto manifestó:

[ - ] Entre estas resoluciones destacamos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006, caso Kolk y Kislyiy contra Estonia, a la que ya nos hemos referido con anterioridad. El Tribunal en interpretación del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que, dispone la vigencia del principio de legalidad en términos similares a los del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que, tras asegurar su vigencia y el principio de irretroactividad, declara que: «el presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

De acuerdo a esta doctrina, que vuelve a evidenciar la fuerza expansiva de los derechos humanos, es posible una investigación y, en su caso, una condena por delitos contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad, pero para ello es

<sup>61</sup> Versailles Preliminary Peace Conference. The Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties. Véase también. GRAVEN, J., « Les crimes contre l'humanité » en *Recueil des course de l' Académie de droit international de Ia Haye*, 1950, I, p. 433- 607.

preciso que el contenido incriminatorio de los hechos sea, de alguna manera, conocida por los infractores o que lo sea para el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder. En el caso, dos responsables del Ministerio del Interior ruso, ocupante de la República báltica de Estonia, en el año 1949 procedieron a la deportación de una familia y en 1994 fueron condenados por los tribunales de la República Estonia, una vez recuperada la independencia, por delitos contra la humanidad considerando su imprescriptibilidad de acuerdo al Derecho penal internacional. El Tribunal afirma el conocimiento de la tipicidad por Rusia por su participación en la redacción de los principios de Núremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que, definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946. En definitiva, esta Sentencia destaca la validez universal de los derechos humanos y su aplicación incluso cuando no aparece su punición en el ordenamiento interno del país, aunque requiere el conocimiento de su vigencia al tiempo de los hechos<sup>62</sup>.

El Tribunal Supremo alegó que:

[ - ] la condena dictada contra los acusados de nacionalidad rusa participantes en delitos contra la humanidad durante la ocupación soviética, lo realiza partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Núremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron, por lo tanto conocedores de su vigencia y capaces de ordenar su conducta a las exigencias impuestas por el mencionado principio de legalidad<sup>63</sup>.

Del mismo modo, manifestó que:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha afirmado la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad, la imprescriptibilidad, incluso aunque los actos hubieran sido legales bajo el derecho en vigor al tiempo de los hechos, pero siempre supeditado al conocimiento previo de la tipicidad en el derecho consuetudinario internacional para poder acomodar la conducta a las

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012. Sentencia 101/2012. Fundamento de derecho 5, párr. 6.

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, *supra*, fundamento de derecho 3.



exigencias de dicho derecho. Esto es, la exigencia del requisito de la «*lex previa*» para poder ajustar la conducta al reproche contenido en la norma<sup>64</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo español reconocía en la sentencia de 1 de octubre de 2007 del Caso Scilingo que era posible el enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad, a pesar de no estar tipificados en el ordenamiento interno siempre y cuando los infractores conociesen la existencia y vigencia al tiempo de la comisión de los hechos, sin embargo realizaba una interpretación errónea de la decisión del TEDH, ya que manifestaba que Rusia conocía la prohibición de estos crímenes puesto que había participado en la redacción de los principios de Núremberg como potencia vencedora, así como por su pertenencia a las Naciones Unidas. Si atendemos al Asunto Kolk y Kislyiy c. Estonia, el TEDH fue contundente al manifestar que:

El Tribunal señala que la deportación de la población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945 (artículo 6 c). Si bien el Tribunal de Núremberg fue establecido para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, por los delitos que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal señala que la validez universal de los principios relativos a los crímenes de lesa humanidad se vio posteriormente confirmada por, inter alia, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. En consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede limitarse únicamente a los nacionales de determinados países y únicamente a los actos cometidos en el marco temporal específico de la Segunda Guerra Mundial<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, *supra*, fundamento de derecho 3.

<sup>65</sup> TEDH, Asunto Kolk y Kislyiy c. Estonia, Demandas 23052/04 y 24018/04, 17 de enero de 2006, traducción propia. *"The Court notes that deportation of the civilian population was expressly recognised as a crime against humanity in the Charter of the Nuremberg Tribunal of 1945 (Article 6 (c)). Although the Nuremberg Tribunal was established for trying the major war criminals of the European Axis countries for the offences they had committed before or during the Second World War, the Court notes that the universal validity of the principles concerning crimes against humanity was subsequently confirmed by, inter alia, resolution 95 of the United Nations General Assembly (11 December 1946) and later by the International Law Commission. Accordingly, responsibility for crimes against humanity cannot be limited only to the nationals of certain countries and solely to acts committed within the specific time frame of the Second World War."*



Es decir, una correcta aplicación de lo establecido por el TEDH habría permitido el enjuiciamiento de delitos de desaparición forzada ya que como veremos estos actos serían juzgados en el Tribunal de Núremberg por atentar contra el derecho de familia. En este sentido, CASSESE señala la razón por la que el TEDH acierta en su decisión, manifestando que el delito de deportación de civiles ya estaba prohibido por el Derecho Internacional a pesar de no estar tipificado hasta el Tribunal de Nuremberg en 1945<sup>66</sup>, lo cual es aplicable a los delitos de desaparición forzada. Sin embargo, los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo contribuyeron a crear nuevos obstáculos y cerrar cualquier posibilidad de juzgar las desapariciones llevadas a cabo en España. El Tribunal Supremo dio un giro con respecto a lo que había establecido en la sentencia 798/2007 manifestando la prescripción del delito, la validez de la ley de amnistía y la negación del contexto de crímenes de lesa humanidad, acabando así con cualquier posibilidad de obtención de justicia para las víctimas<sup>67</sup>.

El Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición hizo referencia a esta sentencia en su visita a España de 22 de julio de 2014:

El Relator Especial expresa preocupación por el contenido de la decisión del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 absolviendo al titular del Juzgado de Instrucción Penal Nº 5 por haber iniciado investigaciones de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y la dictadura, y su decisión de trasladar la competencia en favor de los juzgados territoriales. A pesar de la absolución en el caso particular, la decisión habría solidificado la tendencia de los jueces a archivar casos similares que les son presentados. Durante la visita, la mayoría de las autoridades, con uniformidad casi absoluta, han argumentado que la vía de la investigación penal no es un cauce adecuado para hacer efectivo el derecho a la verdad, que la función de la acción penal es imponer una sanción a los responsables y que ante la imposibilidad de identificar

<sup>66</sup> CASSESE, A., "Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n.º 2, 2006, pp. 417-418.

<sup>67</sup> Véase: BURBIDGE, P., "Waking the Dead of the Spanish Civil War: Judge Baltasar Garzón and the Spanish Law of Historical Memory" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n.º 3, July 2011, pp. 753-781.

un supuesto responsable o la presunción de su muerte, se extinguiría toda pertinencia de una investigación judicial.

El Relator Especial señala algunas contradicciones relativas a estas argumentaciones e interpretación de la Ley 46/1977. Aun en países que no han derogado leyes de amnistía, algunos tribunales han encontrado interpretaciones tanto de esas leyes como de los principios relevantes (legalidad, no retroactividad) que no han impedido la investigación y el procesamiento de presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. Esto se basa, por ejemplo, en que muchas amnistías suspenden la responsabilidad penal, pero su aplicación requiere una determinación judicial (como indica la Ley 46/1977, art. 9). Es decir, conceder los beneficios de la amnistía requiere al menos una investigación de los hechos, pues de otra manera no hay responsabilidad alguna que se pueda suspender o extinguir. Nada en la Ley vigente impide expresamente el desarrollo de investigaciones. Por el contrario, el artículo sexto de la Ley 46/1977 establece que «[l]a amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio». El acto de extinción de la responsabilidad criminal solo podrá realizarse una vez determinados los hechos, las responsabilidades y las penas, en el marco de una investigación judicial. O, al menos, no hay nada en el texto de la Ley que impida intentar llegar a tal determinación. Segundo, la Ley 46/1977 dispone amnistías para una serie de delitos y el artículo segundo, apdos. e) y f), se refiere específicamente a delitos cometidos por «funcionarios y agentes del orden público» y «con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley».

El Relator Especial recalca que solo podrá aplicarse la amnistía cuando las autoridades judiciales hayan primero determinado si los presuntos responsables eran funcionarios y agentes del orden público, o no, y si los delitos fueron cometidos en las circunstancias descritas. Esto no puede presuponerse, solo puede establecerse a través

de investigaciones, aunque sean preliminares, que cuenten con la oficialidad, el rigor y metodología que caracteriza las investigaciones judiciales<sup>68</sup>.

Resulta manifiesto que España incumple con sus obligaciones de investigación, asimismo atenta contra el derecho a la verdad puesto que se niega a esclarecer los delitos y el contexto en que estos se cometieron.

### ***b. Las desapariciones forzadas en España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos***

Muchas víctimas españolas optaron por acudir al TEDH, sin embargo hasta la fecha todas las demandas han sido rechazadas por extemporáneas. Así el asunto a destacar es Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz c. España, decisión de 27 de marzo de 2012<sup>69</sup>, la misma trata la desaparición de D. Luis Dorado Luque en julio de 1936, abuelo del primer demandante y padre de la segunda demandante, el cual fue aprehendido por la fuerza por miembros del Ejército en circunstancias que no han sido totalmente esclarecidas. No sería hasta el 10 de marzo de 1993, cuando el Juzgado de primera instancia n.º 1 de Málaga, tras confirmar que D. Luis Dorado Luque había desaparecido y que su destino y localización eran desconocidos, ordenó la inscripción de su fallecimiento en el Registro Civil.

El Juez fijó el 30 de julio de 1936 como fecha de fallecimiento. El 22 de mayo de 2006, la segunda demandante formuló una denuncia penal ante el Juzgado de Instrucción n. 2 de Córdoba. Denunció el secuestro y posible asesinato de D. Luis Dorado Luque en 1936 calificándolos como crímenes de guerra no sujetos a prescripción. El 11 de agosto de 2006, el Juez de Instrucción rechazó la denuncia, señalando que los hechos denunciados se calificarían como un «supuesto asesinato», sujeto a un plazo de prescripción de 20 años por el Código Penal. Por lo que se refiere

<sup>68</sup> Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff en su misión a España, de 22 de julio de 2014, párrs. 77-82. Disponible en:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/090/55/PDF/G1409055.pdf?OpenElement> (Visto por última vez: 20 de marzo de 2018).

<sup>69</sup> Para un estudio detallado véase: CHINCHÓN, J., «TEDH - Decisión de 27.03.2012, Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España, 301410/09 - Arts. 2, 3, 5, 8 y 13 CEDH - Desaparición Forzada de Personas durante la Guerra Civil Española: Incompetencia (Sobrevenida) respecto a la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar» en *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, vol. 45, n.º 17, 2013, pp. 741-759.

a la posibilidad de que los crímenes de guerra o contra la humanidad pudieran no prescribir, el Juez señaló que ello sólo podría entenderse aplicable a partir de 2003, cuando el Código Penal fue modificado en ese sentido, sin que esta nueva regla pudiera ser aplicada retroactivamente a delitos que ya hubieran prescrito en esa fecha. Esta decisión sería posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial de Córdoba. Tras agotar los recursos en el ordenamiento interno, los demandantes acudieron al TEDH invocando los artículos 2, 3, 5, 8 y 13 del Convenio, alegando que España era responsable por la muerte del señor Dorado y por la falta de investigación de la misma, afirmando que aunque la muerte pudiera haber ocurrido con anterioridad a que el Convenio fuera aplicable a España, las obligaciones procesales que dimanaban de artículo 2 podían ser aplicables a las muertes que ocurrieron antes de la entrada en vigor de la Convención.

Asimismo, alegaron que la desaparición de D. Luis Dorado Luque y la ausencia de información oficial sobre su paradero, les causaba una continuada y prolongada angustia que comporta un trato inhumano y degradante, alegando además que la inacción de las autoridades y los numerosos obstáculos al proceso de la exhumación de los restos de su pariente han impedido que puedan darle un entierro apropiado, violando el artículo 8. Del mismo modo invocaron el artículo 5 ya que las autoridades no han podido proporcionar una explicación creíble y sostenible de lo que sucedió a D. Luis Dorado Luque después de que fuera aprehendido por miembros del Ejército y detenido, manifestando que todo ello les habría privado de un recurso efectivo al amparo del artículo 13. Los demandantes alegaron que las violaciones habrían sido de carácter continuado, por lo que el plazo de los seis meses no sería aplicable.

El TEDH reconoció la posibilidad de investigar la muerte del pariente de los demandantes a pesar de haber ocurrido antes de la entrada en vigor del Convenio, sin embargo manifestó que existía poco margen para ser excesivamente imperativo ya que se trataba de una obligación de investigar hechos muy antiguos, puesto que el interés público que se reconoce es el de conseguir el procesamiento y condena de los autores, particularmente en el contexto de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad<sup>70</sup>. Manifestando que como consecuencia del principio de

<sup>70</sup> TEDH. *Brecknell c. el Reino Unido*, n.º 32457/04, de 27 de noviembre de 2007, párr. 69 "The Court would also comment that there is little ground to be overly prescriptive as regards the possibility of an obligation to investigate unlawful killings arising many years after the events since the public interest

seguridad jurídica, la jurisdicción del Tribunal, por razón de tiempo, en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones procesales que se derivan de acontecimientos ocurridos antes de la fecha crítica no puede ser interpretada de forma extensiva, ya que la jurisprudencia del Tribunal exige una conexión entre la muerte y la entrada en vigor del Convenio para el Estado demandando<sup>71</sup>.

En la práctica, esto significa que una proporción significativa de los trámites procesales exigidos por esta disposición hayan sido, o debieran haber sido, realizados después de la fecha crítica<sup>72</sup>. En consecuencia, el TEDH determinó que era difícil concluir que existiese una verdadera conexión entre la muerte del familiar de los demandantes en 1936 y la entrada en vigor del CEDH para España (1979). Sin embargo, fue más allá al manifestar que incluso asumiendo que la violación del Convenio fuese de carácter continuado, la demanda era inadmisibile. El Tribunal consideró que los demandantes habían esperado demasiado tiempo antes de acudir a Estrasburgo manifestando que según su jurisprudencia<sup>73</sup> «los demandantes deben, por tanto, hacer prueba de una cierta diligencia e iniciativa y presentar sus quejas sin una indebida delación», para ello se basó en otro caso de desaparición, el *Asunto Varnava c. Turquía*, de 18 de septiembre de 2009, el cual rezaba de la siguiente manera:

in obtaining the prosecution and conviction of perpetrators is firmly recognised, particularly in the context of war crimes and crimes against humanity."; con respecto a la accesibilidad y a la previsibilidad de los hechos como crímenes de guerra, véase *Kononov c. Zetonia* [GC], n.º 36376/04.

<sup>71</sup> *Case Of Silih v. Slovenia* (Application n.º 71463/01), GC judgment, 9 April 2009. "163. Second, there must exist a genuine connection between the death and the entry into force of the Convention in respect of the respondent State for the procedural obligations imposed by Article 2 to come into effect. Thus a significant proportion of the procedural steps required by this provision - which include not only an effective investigation into the death of the person concerned but also the institution of appropriate proceedings for the purpose of determining the cause of the death and holding those responsible to account - will have been or ought to have been carried out after the critical date. However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner.

(iii) *Application of the above principles to the present case*

165. Applying the above principles to the circumstances of the present case, the Court notes that the death of the applicants' son occurred only a little more than a year before the entry into force of the Convention in respect of Slovenia, while, with the exception of the preliminary investigation, all the criminal and civil proceedings were initiated and conducted after that date. The criminal proceedings opened effectively on 26 April 1996 (see paragraph 23 above) following the applicant's request of 30 November 1995, and the civil proceedings were instituted in 1995 (see paragraph 48 above) and are still pending."

<sup>72</sup> Véase: TEDH. *Asociación 21 de diciembre de 1989 y otros c. Rumania*, 33810/07 y 18817/08, párr. 116, 24 de mayo de 2011.

<sup>73</sup> Véase: TEDH. *Orphanou y otros c. Turquía* (dec.), n.º 43422/04 y otros, 1 de diciembre de 2009; *Karefyllides y otros c. Turquía* (dec.), n.º 45503/99, 1 diciembre de 2009; y *Charalambotis y otros c. Turquía* (dec.), n.º 46744/07 y otros, 1 de junio 2010.

No obstante, el Tribunal considera que la demanda puede ser rechazada por extemporánea cuando ha habido un excesivo e injustificado retraso por parte de los demandantes una vez que han tenido conocimiento, o debido tener conocimiento, de que no se ha iniciado una investigación o que la investigación está inactiva o ha llegado a ser ineficaz y, en cualquiera de estas circunstancias, no hay una inmediata y real perspectiva de que se vaya a llevar a cabo una investigación eficaz en el futuro. Cuando existen iniciativas en curso respecto de una situación de desaparición, los demandantes pueden razonablemente esperar avances que pudieran resolver aspectos legales o de hecho cruciales. En efecto, mientras haya un cierto contacto significativo entre las familias y las autoridades sobre las quejas y las solicitudes de información, o alguna indicación, o posibilidad realista, de progreso de las medidas investigadoras, no cabe hacer ninguna consideración sobre un indebido retraso. Sin embargo, cuando ha habido un considerable lapso de tiempo, y ha habido retrasos y períodos de inactividad significativos en la actividad de investigación, llegará un momento en que los parientes deben entender que no hay, o no habrá, una investigación eficaz. Cuando se alcanza esta situación depende, inevitablemente, de las circunstancias del caso concreto. En una situación compleja de desaparición, tal como la presente, derivada de una situación de conflicto internacional, en la que se alega que hay una ausencia completa de cualquier investigación o contacto significativo con las autoridades, cabe esperar que los familiares presenten, como mucho, el asunto algunos años después del incidente. Si existe algún tipo de investigación, aunque esporádicamente esté plagada de problemas, los familiares pueden razonablemente esperar algunos años más hasta que las expectativas sobre el progreso de la investigación se hayan desvanecido. Cuando han transcurrido más de diez años, los demandantes generalmente tendrían que demostrar de forma convincente que se había alcanzado algún y concreto avance que justifique un mayor retraso en acudir a Estrasburgo. Unas más estrictas expectativas se aplicarían en casos en los que los demandantes tienen en el ámbito nacional acceso a las autoridades de investigación<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> *Case of Varnava and others v. Turkey (Application 16064/90 et al.)*, GC Judgment, 18 September 2009, párr. 165-166. Traducción propia: "165. Nonetheless, the Court considers that applications can be rejected as out of time in disappearance cases where there has been excessive or unexplained delay on the part of applicants once they have, or should have, become aware that no investigation has been instigated or that the investigation has lapsed into inaction or become ineffective and, in any of those eventualities, there is no immediate, realistic prospect of an effective investigation being provided in

Asimismo, el Tribunal hizo referencia a las dificultades de los demandantes para presentar sus quejas en el ordenamiento interno y a la Ley de Amnistía de 1977 sin embargo alegó que todo ello no les eximía de su deber de actuar con debida diligencia, teniendo en cuenta que el derecho de demanda individual es aplicable a España desde el 1 de julio de 1981 y la primera demanda en el ordenamiento interno no se presentó hasta el año 2006, por lo que el TEDH consideró que los demandantes no cumplieron con los requisitos exigidos por el Convenio y por la jurisprudencia del Tribunal relativa a desapariciones.

Como hemos visto, en el ordenamiento interno se sigue aplicando la prescripción y la ley de amnistía, como si de delitos comunes se tratase. Es cierto que el delito de desaparición forzada no existía en el ordenamiento interno español hasta hace muy poco, sin embargo ello no puede limitar el enjuiciamiento e investigación de estos crímenes, ya que se trata de graves violaciones de derechos humanos de forma generalizada y sistemática, es decir crímenes de lesa humanidad. Si bien estos delitos no fueron incluidos en el Código Penal hasta el año 2003, lo cual de acuerdo a la práctica española no permitiría juzgar los hechos como tal, si que debería ser posible aplicar el contexto de crímenes de lesa humanidad utilizado en el Caso Scilingo que hemos analizado anteriormente. La nueva postura adoptada por el Tribunal Supremo, es contraria a los principios del Derecho Internacional y a la jurisprudencia del TEDH.

La postura del TEDH ha quedado clara en la decisión *Kolk y Kislyiy c. Estonia*, por lo que las decisiones de los tribunales españoles estarían yendo en contra de lo

the future. Where there are initiatives being pursued in regard to a disappearance situation, applicants may reasonably await developments which could resolve crucial factual or legal issues. Indeed, as long as there is some meaningful contact between families and authorities concerning complaints and requests for information, or some indication, or realistic possibility, of progress in investigative measures, considerations of undue delay will not generally arise. However, where there has been a considerable lapse of time, and there have been significant delays and lulls in investigative activity, there will come a moment when the relatives must realise that no effective investigation has been, or will be provided. When this stage is reached will depend, unavoidably, on the circumstances of the particular case. 166. In a complex disappearance situation such as the present, arising in a situation of international conflict, where it is alleged that there is a complete absence of any investigation or meaningful contact with the authorities, it may be expected that the relatives bring the case within, at most, several years of the incident. If there is an investigation of sorts, even if sporadic and plagued by problems, the relatives may reasonably wait some years longer until hope of progress being made has effectively evaporated. Where more than ten years have elapsed, the applicants would generally have to show convincingly that there was some ongoing, and concrete, advance being achieved to justify further delay in coming to Strasbourg. Stricter expectations would apply in cases where the applicants have direct domestic access to the investigative authorities."



establecido por el TEDH al negarse a juzgar e investigar las desapariciones. Esto permitiría que los demandantes pudiesen presentar demandas ante el TEDH ya que España al negarse a conocer e investigar las desapariciones estaría yendo contra lo establecido en su jurisprudencia ya que la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede limitarse únicamente a los nacionales de determinados países y únicamente a los actos cometidos en el marco temporal específico de la Segunda Guerra Mundial. Otra solución para las demandas relativas a desapariciones presentadas ante el TEDH, pasaría por presentar toda evidencia de las acciones llevadas a cabo por los demandantes, ya que esta será la única manera con la que se podrá demostrar la debida diligencia y así justificar la fecha tardía de presentación en Estrasburgo.

Por otra parte, empieza a existir un consenso europeo respecto al tratamiento de las desapariciones forzadas, sin embargo corresponde únicamente al enjuiciamiento de hechos actuales, dejando de lado los problemas referentes a la competencia temporal respecto a hechos ocurridos en el pasado, la cual todavía se analiza a discreción de los Estados parte. Este consenso europeo se refiere al nivel de uniformidad existente en los marcos jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre un tema en particular. El TEDH utiliza este principio tanto para justificar un amplio margen de apreciación concedido a los Estados miembros en ausencia de consenso (que lleva al estancamiento del desarrollo de la jurisprudencia), como para imponer nuevos estándares en los casos en los que existe una tendencia clara en la mayoría de los Estados miembros, de forma que se avance en la interpretación del Convenio<sup>75</sup>. Asimismo, viene manifestando:

Al ser el Convenio principalmente un sistema para la protección de los derechos humanos, el Tribunal debe tener en cuenta las condiciones cambiantes en los Estados contratantes y responder, por ejemplo, a un emergente consenso en cuanto a que estándares deben ser alcanzados. Uno de los factores relevantes en la determinación del alcance del margen de apreciación por las autoridades puede ser la existencia o no

<sup>75</sup> Council of Europe. HELP Editorial Board. «Mecanismos de interpretación en la jurisprudencia del TEDH: el concepto de consenso europeo». Disponible en: <http://www.coe.int/es/web/help-country/article-echr-case-law>. Última visita: 19 de diciembre de 2017.



existencia de un fundamento común entre las legislaciones de los Estados contratantes<sup>76</sup>.

Por lo tanto, si hay un consenso en Europa que va en contra de la conducta del Estado demandado en el caso sometido al Tribunal para su revisión, este último puede considerar que se trata de una violación e instar al Estado demandado a alinear su conducta con el estándar requerido. Por otro lado, la falta de consenso en este sentido libraría al Estado de tener que avanzar hacia el respectivo estándar, y permitiría que el margen de apreciación pudiese ser incluso más amplio de lo que normalmente se proporciona en relación con un determinado asunto.

En el caso del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria<sup>77</sup> y el Comisionado para los derechos humanos<sup>78</sup> han elaborado diversos documentos en los cuales hacen referencia a los países europeos en los que se han dado casos de desapariciones. Entre ellos están: Chipre, Turquía, Rusia, Bielorrusia, Ucrania, Azerbaiyán, Serbia, Macedonia, Albania, Armenia, Georgia, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Montenegro y España. El TEDH ha condenado a muchos de estos países por la falta de investigación efectiva respecto a las desapariciones, sin embargo resultaría prematuro hablar de un consenso europeo respecto a la persecución del delito de desaparición forzada ya que las legislaciones internas no son homogéneas y aún quedan muchos Estados que no han adecuado su legislación interna a los estándares internacionales en la materia.

### **1.3 El Principio de Justicia Universal respecto a las desapariciones forzadas en España**

El principio de justicia universal<sup>79</sup>, es un principio en Derecho que permite perseguir las violaciones de derechos humanos más graves cometidas en cualquier

<sup>76</sup> TEDH. Glor c. Suiza, n.º 3444/04, 30 de abril de 2009, párr. 75.

<sup>77</sup> Parliamentary Assembly Doc. 10679, 3 October 2015, "Enforced disappearances", rapporteur Mr. Pourgourides

<sup>78</sup> Council of Europe. Commissioner for human rights. CommDH/IssuePaper (2016), March 2016. Missing persons and victims of enforced disappearance in Europe. Issue paper published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, prepared by Gabriella Citroni.

<sup>79</sup> Sobre el Principio de justicia universal, véase: CHINCHÓN ALVAREZ, J., «Jurisdicción Universal» en *Eunomia: Revista En Cultura De La Igualdad*, n.º 7, 2014, pp. 236-247; PÉREZ CEPEDA, A., *El Principio De Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant Lo Blanch, 2012; TAMARIT SUMALLA, J. y ARANGÜENA FANEGO, C., *Justicia De Transición, Justicia Penal Internacional y*

parte del mundo. Se trata de un instrumento que posibilita la persecución por cualquier Estado que lo asuma, de hechos cometidos fuera de sus fronteras, pero en cuya represión se encuentra interesado como miembro de la comunidad internacional<sup>80</sup>. Supone una excepción al principio de territorialidad, puesto que permite el conocimiento de actos realizados fuera de la jurisdicción territorial de los Estados. La primera manifestación del principio de justicia universal podemos encontrarla, -según GARRAUD-<sup>81</sup>, en las Sagradas Escrituras, en las palabras que pronunció Caín después de haber matado a su hermano Abel <sup>82</sup>, antes de ser condenado a vagar eternamente sin encontrar asilo, pues el mismo sería siempre perseguido, «Y dijo Caín a Jehová: Grande es mi castigo para ser soportado. He aquí me echas hoy de la tierra, y de tu presencia me esconderé, y seré errante y extranjero en la tierra; y sucederá que cualquiera que me hallare, me matará». LAMARCA añade : «[...] históricamente el principio de justicia universal se explicaba en términos fundamentalmente *iusnaturalistas* -y así señalaba GROCIO que hay determinados delitos que violan la ley natural y ofenden los sentimientos de toda la humanidad por lo que el Estado debe "*aut dedere aut punire*"<sup>83</sup>, es decir, entregar al delincuente o castigarlo-<sup>84</sup>. Hoy en día corresponde a los Estados la protección de los bienes jurídicos que afectan a la comunidad internacional.

*Justicia Universal*, Atelier, 2010; PIGRAU SOLÉ, A., *La Jurisdicción Universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*. Barcelona: Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, 2009; OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para crímenes internacionales*, La Ley, 2008; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, 2004; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., GARCÍA ARÁN, M., & LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal: el caso Pinochet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; GROTIUS, H., *De Jure Belli ac Pacis*, ob. cit.; KRAYTMAN, Y., "Universal Jurisdiction - Historical Roots and Modern Implications" en *Brussels Journal of International Studies*, vol. 2, 2005; INAZUMI, M., *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*. Intersentia, 2005; LAMARCA PÉREZ, C., «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile» en ARROYO ZAPATERO, L.A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.). Vol. I., pp. 1099-1108, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001; DE VABRES, D., « Le système de la répression universelle: Ses origines historiques - Ses formes contemporaines » en *Revue critique de droit international privé*, vol. 18, 1922, pp. 533-564.

<sup>80</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, T. II, Madrid: 1957, p. 95.

<sup>81</sup> Citado en LAMARCA PÉREZ, C.; «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile», ob. cit., p. 1101 y en OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, ob. cit., p. 95.

<sup>82</sup> Génesis 4, 13-14.

<sup>83</sup> GROTIUS, H., *De Jure Belli ac Pacis*, ob. cit., T. II, cap. XX, 1624.

<sup>84</sup> LAMARCA PÉREZ, C., «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile», ob. cit., p. 1100.

Por otra parte, BECCARIA señalaba: «hasta tanto que la tiranía sea desterrada en las vastas llanuras del Asia por el todo de la razón universal, que siempre une los intereses del trono y de los súbditos; aunque la persuasión de no encontrar un palmo de tierra que perdonase a los verdaderos delitos sería un medio eficacísimo de evitarlos»<sup>85</sup>. De la idea planteada por BECCARIA se desprende que el principio de justicia universal se configura también como una forma de prevención, ya que garantiza la persecución de ciertos delitos independientemente del principio de territorialidad de la ley penal. Supera pues muchas barreras y lucha contra la impunidad, lo que se concibe también como un método de persuasión para no cometer ciertos delitos debido tanto al juicio de la opinión pública como a la posibilidad de ser juzgados por cualquier Tribunal. Gracias a este principio, España tuvo la posibilidad de conocer y juzgar graves delitos cometidos en el extranjero.

#### ***a. La regulación del principio de justicia universal en España***

El principio de justicia universal se regula en España a través de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)<sup>86</sup>. Desde su introducción en el ordenamiento español en 1870, se estableció la competencia de los órganos españoles para juzgar a los responsables, -sean estos españoles o extranjeros- de delitos cometidos fuera del territorio español<sup>87</sup>. La primera redacción del artículo 23.4 de la LOPJ, establecía el alcance del principio de justicia universal:

Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. e) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d)

<sup>85</sup> BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*. Cap. XXXV. Nueva traducción.

<sup>86</sup> Para un estudio exhaustivo véase: DÍEZ RODRÍGUEZ, E., *La Justicia Universal Como Herramienta Contra La Impunidad De Los Crímenes Internacionales: Análisis Histórico y Comparado Con Especial Referencia a La Situación Española*. Universidad Carlos III De Madrid, 2017; OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., «La reforma del principio de justicia universal » en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 83, 2011.

<sup>87</sup> Ley provisional sobre organización del Poder judicial. Ley de 15 de septiembre de 1870. Serán juzgados por los jueces y Tribunales del Reino, según el orden prescrito o en el art. 326, los españoles ó extranjeros que fuera del territorio de la Nación hubiesen cometido alguno de los delitos siguientes: Contra la seguridad exterior del Estado. Lesa majestad. Rebelión. Falsificación de la firma, de la estampilla Real ó del Regente. Falsificación de la firma de los Ministros. Falsificación de otros sellos públicos. Falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito ó intereses del Estado y la introducción ó expendición de lo falsificado. Falsificación de billetes del Banco cuya emisión esté autorizada por la ley, y la introducción ó expendición de los falsificados. Los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en territorio extranjero.

Falsificación de moneda extranjera. e) Los relativos a la prostitución. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

A la redacción de este artículo se fueron añadiendo nuevos delitos como consecuencia de las modificaciones introducidas en 1999: prostitución y corrupción de menores, mutilación genital femenina y tráfico ilegal o inmigración de personas. Del mismo modo, en el 2005 se introdujo una reforma por la que se añadía un requisito únicamente al delito de mutilación genital femenina, -inexistente hasta ese momento-, la necesidad de que las personas responsables se encuentren en España.

DÍEZ RODRÍGUEZ es muy crítica con este punto ya que considera que aquello supuso la apertura «a la generalización de este requisito para otra serie de delitos. Además, en aquel momento suponía situar, sin motivo aparente, el delito de mutilación genital femenina en una categoría inferior a la del resto de crímenes [...], para los que el legislador no había considerado necesario introducir esta traba»<sup>88</sup>.

La posterior reforma de la LOPJ en el 2009, supuso una amplia restricción al principio de justicia universal ya que la misma exigía puntos de conexión con España, a saber: que los presuntos responsables se encontraran en España, que existiesen víctimas de nacionalidad española o que se verificase la existencia de un vínculo relevante. Nuevamente en el año 2014 se reformó la LOPJ en relación con el principio de justicia universal<sup>89</sup>, reduciendo su alcance al mínimo puesto que exigía nuevos requisitos específicos para cada delito. En el caso del delito de desaparición forzada, la redacción vigente del artículo 23.4 de la LOPJ establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley

<sup>88</sup> DÍEZ RODRÍGUEZ, E., ob. cit., p. 320.

<sup>89</sup> Para más información véase: PÉREZ CEPEDA, A. I., «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España» en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Anidip, vol. 3, 2015, pp. 10-40; CARNERO ROJO, E., «Crónica De Una Muerte Anunciada: La Jurisdicción De Los Tribunales Españoles Sobre Crímenes Internacionales Antes y Después De La Ley Orgánica 1/2014 Relativa a La Justicia Universal» en *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal*, vol. 3, n.º 1, 2015, pp. 41-78; SEGURA SERRANO, A., «Vicisitudes de la jurisdicción universal tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014» en *Revista española de derecho internacional*, vol. 66, n.º 2, 2014, pp. 316-319; SANCHEZ LEGIDO, A., «El Fin Del Modelo Español De Jurisdicción Universal» en *Revista Electrónica De Estudios Internacionales* n.º 27, junio de 2014. [En línea] Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num27/articulos/fin-modelo-espanol-jurisdiccion-universal>. (Visto por última vez: 12 de febrero de 2019).

española, cuando se cumplan las condiciones expresadas en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, siempre y cuando el procedimiento se dirija contra un español o la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español. Es decir, a día de hoy prácticamente está cerrada toda posibilidad de aplicar el principio de justicia universal debido a los impedimentos creados por la modificación de la ley. Esta modificación no solo afecta al delito de desaparición forzada, sino también a la larga lista de delitos que se recogen en el artículo 24 de la LOPJ

### ***b. Casos españoles conocidos por tribunales argentinos***

El día 14 de abril de 2010, se interpuso una querella ante los tribunales de justicia de la República Argentina <sup>90</sup> para investigar la posible comisión de delitos de genocidio y/o lesa humanidad, entre ellos desapariciones forzadas de personas cometidas en España en el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, con el objetivo de que se investiguen los crímenes cometidos por los integrantes de la dictadura franquista, se identifique a sus responsables y se les sancione penalmente. La misma fue presentada por familiares de asesinados y desaparecidos durante la dictadura, asimismo se personaron diversas asociaciones españolas y argentinas. Se denominó comúnmente «querella argentina», la cual fue admitida a trámite y el 18 de septiembre de 2013 se dictó un Auto en el cual se recogieron diversos hechos, entre ellos desapariciones y torturas.

Asimismo, el Auto justificó la admisión de la demanda haciendo referencia a los numerosos impedimentos que las víctimas venían sufriendo en el ordenamiento español. Este Auto también recogió lo manifestado en la STS de 27 de febrero de 2012, criticando su contenido ya que consideró que a través de la misma se impedía la investigación y se criminalizaba todo acto procesal encaminado a esclarecer los hechos. Del mismo modo, esgrime diversas razones por las que entra a conocer la causa, manifestando que ha quedado demostrado que en España no se está llevando a

<sup>90</sup> Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 1, de Buenos Aires, República Argentina, a cargo de la Jueza María Servini de Cubría. Querella 4591/2010, nominada «N.N. por genocidio y/o crímenes de lesa humanidad cometidos en España por la dictadura franquista entre el 17 de julio de 1936, comienzo del golpe cívico militar, y el 15 de junio de 1977, fecha de celebración de las primeras elecciones democráticas».

cabo una investigación eficaz y los hechos relatados revisten apariencia de delitos de lesa humanidad.

En consecuencia, se ordenó la detención preventiva de cuatro presuntos autores, dos de los cuales fueron citados para declarar en la Audiencia Nacional en España. La Fiscalía de la Audiencia Nacional se opuso a la extradición de uno de los presuntos autores por considerar que los delitos ya estaban prescritos, este hecho fue públicamente criticado y el Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, en sus Observaciones preliminares de fecha 3 de febrero de 2014 tras la visita a España se refirió a estos hechos, alegando:

Asimismo, tomo nota con preocupación de la posición de la Fiscalía de la Audiencia Nacional (del 31 de enero de 2014) de denegar la solicitud de extradición interpuesta por la justicia Argentina de un presunto responsable por delitos de tortura cometidos durante los últimos años del franquismo. No hemos recibido copia aún de esta decisión, pero pareciera que invocaría la competencia de los tribunales españoles de juzgar estos delitos y la prescripción de los mismos. Si no se garantiza el acceso a la justicia para las víctimas en el sistema judicial español, esta decisión representaría cerrar a las víctimas toda posibilidad de acceso a la justicia, a la investigación y el establecimiento de la verdad sobre los hechos y las circunstancias en las cuales se habría cometido estos delitos, que podrían constituir crímenes de lesa humanidad. Finalmente, anoto con sorpresa las actuaciones, tanto de la Audiencia Nacional, como del Fiscal General, aparentemente dirigidas a prevenir que el Tribunal Constitucional pueda debatir y pronunciarse sobre la aplicación e interpretación de la Ley de Amnistía, los principios de legalidad, la prescripción de delitos graves tales como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre otros, a la luz de las normas y obligaciones internacionales en la materia<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> Relator Especial Para La Promoción De La Verdad, La Justicia, La Reparación Y Las Garantías De No Repetición De Las Naciones Unidas, "Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España", 3 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=E> (Visto por última vez: 26 de septiembre de 2018).

A pesar de todo ello, la Audiencia Nacional siguió denegando la extradición de los posibles autores de delitos de lesa humanidad, alegando que si bien los hechos constituyen actos de tortura, los mismos no pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad por lo que se encontrarían prescritos.

## **2. LA DESAPARICIÓN FORZADA MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS ESPAÑOLAS**

### **2.1 El caso de la Unión Soviética**

Como hemos mencionado anteriormente, resulta complicado establecer el origen exacto del delito de desaparición forzada; existen autores que atribuyen la aparición de la desaparición forzada de personas a la antigua Unión Soviética, por ejemplo<sup>92</sup>:

CORNELIUS critica que se identifique en general la desaparición forzada de personas con Latinoamérica y que se quiera ver el primer antecedente en el decreto emitido por Hitler en 1941 ya que la antigua Unión Soviética habría hecho uso habitual de esta práctica de detenciones a través del Gulag<sup>93</sup>, -Dirección General de Campos de Trabajo-, que existía desde mucho antes que Hitler hubiera llegado al poder<sup>94</sup>. Como consecuencia de las prácticas de detención soviéticas, entre 1930 y 1953 fueron detenidas en cárceles y campos de trabajo y rehabilitación 11,8 millones de personas, de las cuales entre 1,6 y 1,7 millones murieron durante el encierro<sup>95</sup>. CORNELIUS reconoce sin embargo que no ha habido respecto de las prácticas soviéticas un juicio, como sí en Alemania, que las hubiera hecho visibles<sup>96</sup>.

En el mismo sentido, WHEATCROFT señala que muy pocos autores han ofrecido cifras reales de la represión llevada a cabo en la Unión Soviética<sup>97</sup>, por lo que basándose en el estudio de MAIER<sup>98</sup> otorga cifras de muertes y deportaciones, pero añade que las desapariciones no eran registradas lo que imposibilita establecer

<sup>92</sup> Citado en: SANTA CRUZ ARAMBURU, S., *La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano*, Universidad Carlos III de Madrid, 2016, p. 9.

<sup>93</sup> Acrónimo ruso de "Glávnoye Upravlieniye Ispravítel'no-trudovij Lagueréi".

<sup>94</sup> CORNELIUS, K., *Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, p. 401.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p. 403.

<sup>96</sup> Cfr. también críticos sobre el «olvido» respecto de las prácticas soviéticas: KLONOVSKY, M. & VON FLOCKEN, J., *Stalins Lager in Deutschland 1945-1950. Dokumentation, Zeugenberichte*, München, dtv, 1993, p. 14.

<sup>97</sup> WHEATCROFT, S., "The Scale and Nature of German and Soviet Repression and Mass Killings, 1930-45" en *Europe-Asia Studies*, vol. 48, n.º 8, 1996, pp. 1319-1353.

<sup>98</sup> MAIER, C. *The Unmasterable Past: History, Holocaust, and German National Identity*. Harvard University Press, 1988.



una cifra real de esta práctica. Podríamos decir, que del mismo modo, las prácticas en España no se han visibilizado por falta de la correspondiente investigación y los juicios oportunos por lo que se tiende a situar su origen en el decreto dictado por Hitler en Alemania.

## 2.2 La desaparición forzada en la Alemania nazi

El delito de desaparición forzada de personas como expresión represiva por parte del aparato del Estado y como parte de un conflicto armado, se dio también a partir de la Segunda Guerra Mundial. En 1940, durante la ocupación nazi de varios países europeos, se inició una dura represión contra los actos de la resistencia, junto con una práctica generalizada de detenciones de la población civil con la específica finalidad de estructurar un sistema orgánico de desinformación sobre las listas de detenidos, tanto del lugar de la detención como las condiciones en las cuales se encontraban los detenidos. Según LÁZARA, «esta orden de Hitler, ratificada de inmediato por el Estado Mayor Alemán, parece ser el primer precedente formal e institucionalizado del sistema de desaparición forzada de personas utilizado como método de detención»<sup>99</sup>.

Más tarde, el 7 de diciembre de 1941 se emitirían las «Directivas para la persecución de las infracciones cometidas contra el Reich o las Fuerzas de Ocupación en los Territorios Ocupados»<sup>100</sup>, las cuales desarrollaban una serie de directrices para ser aplicadas por las autoridades del Tercer *Reich*, para la represión y eliminación física de oponentes políticos al régimen nazi en los territorios ocupados, así como de combatientes enemigos miembros de la Resistencia y de prisioneros de guerra de las Fuerzas Aliadas durante la Segunda Guerra Mundial. Este decreto, sería conocido como «*noche y niebla*»<sup>101</sup>, el mismo es considerado por diversos autores como el

<sup>99</sup> LÁZARA, S., *Desaparición forzada de personas, Doctrina de la seguridad nacional y la influencia de los factores económico-sociales*, en *La Desaparición, Crimen contra la Humanidad*, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires: 1987, p. 33.

<sup>100</sup> En alemán: Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten.

<sup>101</sup> Documento L-90, vol. 7 de las actas de los procesos de Nuremberg. Para más profundidad de este documento, v. NOWAK, M., «Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el



hecho por el cual se practicó por primera vez la práctica de la desaparición forzada<sup>102</sup>. Dicho decreto constituyó un método de intimidación eficaz que dejaba a las familias de la víctima y la población en general, en una ignorancia total sobre la suerte de la víctima<sup>103</sup>.

### 2.3 La desaparición forzada en Latinoamérica

En el ámbito latinoamericano encontramos los antecedentes de esta práctica de la mano del ascenso al poder de férreas dictaduras, una práctica que se inició en Guatemala<sup>104</sup> cuando el gobierno empezó a librarse en secreto de la oposición política y se extendió al resto de Latinoamérica fundamentalmente durante las décadas de 1970, 1980 y principios de la década de 1990<sup>105</sup> como parte de los planes estatales de «guerra contra la subversión»<sup>106</sup>. Todo ello enmarcado en la «Operación Cóndor»<sup>107</sup>, la cual entre otras tareas, coordinaba la persecución de personas consideradas enemigas de quienes ostentaban el poder, personas consideradas terroristas en

párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión», 58 pp. Documento ONU E/CN.4/2002/71 de 8 de enero de 2002, Comisión de Derechos Humanos, 58 periodo de sesiones.

<sup>102</sup> SHIRER, W., *The rise and fall of the third Reich* 1139, 1959; HALL, C. K., "Enforced disappearance of persons" in TRIFFTERER, O. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article. München: Beck, 2008.

<sup>103</sup> ÁLVAREZ, R., "The Interamerican Commission on Human Rights and Disappearances", Seminar on Disappearances organized by Amnesty International USA, June 1980, p. 1.

<sup>104</sup> Cfr. Informe del Comité Pro-Justicia y Paz de Guatemala, Situación de los derechos humanos en Guatemala: 1984; GRAMMER, C., *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person. Transposition einer volkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p. 8; SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden: Martinus Nijhoffs Publishers, 2007, pp. 10 y ss., 18 y ss., 87 y ss.

<sup>105</sup> Cfr. PARAYRE, S., «La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos» en *Revista IIDH*, vol. 29, 1999, p. 26; véase también: FERNÁNDEZ VÉLEZ, G., *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 40. Citados en: SANTA CRUZ-ARAMBURU, S., ob. cit., p. 9.

<sup>106</sup> Cfr. GRAMMER, C.: *Der Tatbestand*, ob. cit., p. 7 y ss.

<sup>107</sup> Para más información véase: DINGES, J., *The Condor Years: How Pinochet and His Allies Brought Terrorism to Three Continents*, New Press, 2004; CAÑÓN VOIRIN, J., «Terrorismo De Estado. El Sur Del Continente Americano Durante La Década De 1970. Un Caso De Transnacionalización Del Terrorismo Estatal» en *Relaciones Internacionales: Revista Académica Cuatrimestral De Publicación Electrónica*, n.º 32, 2016; ESPARZA, M., HUTTENBACH, H. & FEIERSTEIN, D., *State Violence and Genocide in Latin America: The Cold War Years*. Londres/Nueva York: Routledge, 2010; MENJÍVAR, C. y RODRIGUEZ, N., *When States Kill: Latin America, the U.S., and Technologies of Terror*. Austin: University of Texas Press, 2005; ROHT-ARRIAZA, N., *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2005; GAUDICHAUD, F., *Operación Cóndor: Notas sobre el terrorismo de Estado en el Cono Sur*. Madrid: Sepha Edición y Diseño, 2005; CARRIÓ, A., *Zos crímenes del Cóndor: El caso Prats y la trama de conspiraciones entre los servicios de inteligencia del Cono Sur*. Buenos Aires: Sudamericana, 2005; McSHERRY, J., *Predatory States, Operation Condor and covert war in Latin America*, Rowman and Littlefield Publishers, 2005.

ocasiones únicamente por pertenecer a la izquierda política o ser afín a ideales distintos. Esta operación fue apoyada por los Estados Unidos y entre los métodos utilizados para la represión contra estas personas, se practicó de forma masiva y sistemática la desaparición forzada.

En Guatemala<sup>108</sup> las «desapariciones» continuaron en una enorme escala durante más de 20 años. «Se calcula que a partir de 1966, durante la primera década del terror oficial, 20.000 personas fueron víctimas de homicidios políticos y "desapariciones" llevadas a cabo por los "escuadrones de la muerte" clandestinos y respaldados por el ejército, aunque también participaron la policía y las fuerzas civiles paramilitares»<sup>109</sup>.

En Chile, se calculan en cuarenta mil las víctimas de la dictadura, de las cuales 3065 están desaparecidas<sup>110</sup>.

En Argentina<sup>111</sup>, no existe unanimidad en cuanto a la cifra de personas desaparecidas, sin embargo algunos autores y organizaciones internacionales la sitúan en 30.000. Todos estos hechos contribuyeron de manera directa a que los juristas internacionales se reuniesen y empezasen la regulación de esta situación que venía afectando sobre todo al continente americano.

### **3. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS**

#### **3.1 El concepto de desaparición forzada en el Derecho Internacional humanitario**

Como hemos visto hasta ahora, la figura de la desaparición forzada se utilizó también durante conflictos armados nacionales e internacionales, constituyendo un arma de exterminio tanto por el régimen franquista en España y la Alemania nazi. A diferencia del caso español, los crímenes cometidos por la Alemania nazi fueron juzgados por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMIN), a pesar de que la desaparición forzada no estaba tipificada como tal, la fiscalía consideró que:

<sup>108</sup> Amnistía Internacional, Crímenes sin castigo, homicidios políticos y desapariciones forzadas, Madrid: EDAI, 1993, p. 17.

<sup>109</sup> SANTA CRUZ-ARAMBURU, S., ob. cit., p. 10.

<sup>110</sup> BARRETO, N., «La Operación Cóndor: Un Enfoque Comparativo» en *Histórica*, vol. 37, n.º 2, 2014, p. 177.

<sup>111</sup> Véase: CRENZEL, E. (coord.). *Los Desaparecidos en la Argentina. Memorias, representaciones e ideas (1983-2008)*, Buenos Aires: Biblos, 2010; PANIZO, L., «Muerte, Desaparición y Memoria: El Caso de los desaparecidos de la última dictadura militar en Argentina» en *Historia, Antropología y Fuentes Orales*, n.º 42, 2009, pp. 71-84.

Los civiles de los territorios ocupados habían sido sometidos sistemáticamente a «detenciones preventivas» por lo que fueron detenidos y encarcelados sin ningún juicio y ninguna garantía judicial, asimismo fueron encarcelados bajo condiciones insalubres e inhumanas. En los campos de concentración había muchos prisioneros que eran clasificados como «Nacht und Nebel»<sup>112</sup>. Estos eran aislados del mundo y no se les permitía recibir ni enviar cartas, desaparecieron sin dejar rastro y las autoridades alemanas jamás dieron información acerca de su paradero<sup>113</sup>.

En el mismo sentido, la fiscalía del TMIN consideró que «dichos asesinatos y malos tratos fueron contrarios a los Convenios Internacionales, en particular al Artículo 46 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, a los principios generales del derecho penal que se derivan de las leyes penales de las naciones civilizadas, la leyes penales internas de los países en los que se cometieron los crímenes y al artículo 6 (b) de la Carta»<sup>114</sup>.

Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal entre otros, se basó en el memorándum enviado por Wilhelm Keitel en el cual mandaba aplicar unas directrices relativas a la persecución de delitos contra Alemania en los territorios ocupados, en el cual expresaba que:

<sup>112</sup> Hace referencia al decreto «noche y niebla» por el que se establecía la represión y eliminación física de oponentes políticos al régimen nazi en los territorios ocupados, así como de combatientes enemigos miembros de la Resistencia y de prisioneros de guerra de las Fuerzas Aliadas durante la Segunda Guerra Mundial.

<sup>113</sup> Nuremberg Trial Proceedings vol. 1 Indictment: Count three of the indictment. *"Civilians of occupied countries were subjected systematically to "protective arrests" whereby they were arrested and imprisoned without any trial and any of the ordinary protections of the law, and they were imprisoned under the most unhealthy and inhumane conditions. In the concentration camps were many prisoners who were classified "Nacht und Nebel". These were entirely cut off from the world and were allowed neither to receive nor to send letters. They disappeared without trace and no announcement of their fate was ever made by the German authorities."* Traducción propia. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/count3.asp>

<sup>114</sup> Ibid., *"Such murders and ill-treatment were contrary to international conventions, in particular to Article 46 of the Hague Regulations, 1907, the laws and customs of war, the general principles of criminal law as derived from the criminal laws of all civilized nations, the internal penal laws of the countries in which such crimes were committed, and to Article 6 (b) of the Charter."* Traducción propia.

A menos que se cumplan ambas condiciones, el *Führer* y Comandante Supremo no prevé que los procedimientos penales dentro de los territorios ocupados tengan el efecto disuasorio necesario. En todos los demás casos, en el futuro los prisioneros deberán ser transportados a Alemania en secreto, donde posteriormente se tratarán los delitos; estas medidas tendrán un efecto disuasorio porque,

A. el prisionero desaparecerá sin dejar rastro,

B. no se dará información sobre su paradero o su destino<sup>115</sup>.

En el anexo al memorándum, se encontraban las razones por las que se debía actuar de dicha forma:

A juicio del *Führer* si estos delitos son castigados con prisión, incluso con trabajos forzados de por vida, esto será visto como un signo de debilidad. La intimidación eficaz y duradera sólo puede lograrse con la pena de muerte o con medidas por las que los familiares del delincuente y la población no conozcan su paradero. Este objetivo se alcanza cuando el criminal es trasladado a Alemania. Las directivas adjuntas para el enjuiciamiento de los delitos se ajustan a la opinión del *Führer*, las cuales han sido examinadas y aprobadas por él<sup>116</sup>.

Es decir, se establecía una nueva práctica, la detención de personas y su respectivo traslado a Alemania sin ofrecer información alguna, haciendo hincapié en su poder disuasorio, manifestándose expresamente que el prisionero desaparecería sin dejar rastro, lo que intimidaría a la población y a los familiares al desconocer su paradero. Todo ello nos lleva a afirmar que la práctica de desapariciones era llevada a

<sup>115</sup> Memorandum from the Supreme Command of the Armed Forces to the Office Foreign Countries, Counter Intel./Dep't Abwehr (Feb. 2, 1942) in United States. Office of Chief of Counsel for the Prosecution of Axis Criminality: *Nazi conspiracy and aggression*. (Washington: U. S. Govt. Print. Off, 1946), also by International Military Tribunal, United States War Department, and United States Department of State, p. 872. Traducción propia "Unless both conditions are fulfilled, the Fuehrer and Supreme Commander does not anticipate that criminal proceedings within the occupied territories will have the necessary deterrent effect. In all other cases the prisoners are in the future to be transported to Germany secretly, and further dealings with the offenses will take place here; these measures will have a deterrent effect because A. the prisoner will vanish without leaving a trace, B. no information may be given as to their whereabouts or their fate".

<sup>116</sup> Ibid., p. 873. Traducción propia "The Fuhrer is of the following opinion. If these offences are punished with imprisonment, even with hard labor for life, this will be looked upon as a sign of weakness. Efficient and enduring intimidation can only be achieved either by capital punishment or by measures by which the relatives of the criminal and the population do not know the fate of the criminal. This aim is achieved when the criminal is transferred to Germany. The enclosed directives for the prosecution of the offences comply with the Fuehrer's point of view. They have been examined and approved by him."

cabo por el régimen nazi para luchar contra la resistencia en los territorios ocupados<sup>117</sup>.

En consecuencia, el Tribunal aplicó el artículo 46 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, convenio firmado en la Haya en 1907<sup>118</sup> que reza de la siguiente manera: «El honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada, así como las creencias religiosas y la práctica de los cultos, deben ser respetados. La propiedad privada no puede ser confiscada». Asimismo, aplicó el artículo 6 (b) de la Carta del Tribunal, el cual hacía referencia a los crímenes de guerra:

A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes.

De este modo, se juzgó por primera vez el delito de desaparición forzada como crimen de guerra, en el marco del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional consuetudinario. Si bien es cierto que la condena se basó en la violación del derecho de la familia, la práctica llevada a cabo corresponde con los elementos actuales del delito de desaparición forzada.

Una vez juzgados los cargos más altos del Reich en Núremberg, se llevó a juicio a otras personas que también habían apoyado al régimen nazi de algún modo, este juicio fue llevado a cabo en Estados Unidos donde los acusados fueron juzgados por tribunales militares estadounidenses. Entre los casos más importantes está el caso *Justice* o el juicio de los jueces, llamado oficialmente *The United States of America vs. Josef Altstotter, et al.*, el cual fue el tercero de los doce juicios por crímenes de guerra. Estos doce juicios son conocidos en conjunto como los «juicios de Núremberg

<sup>117</sup> FINUCANE, B., "Enforced Disappearance as a Crime Under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War" en *Yale Journal of International Law*, vol. 35, 2010, p. 176.

<sup>118</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.

posteriores» o, formalmente, como los «Juicios de criminales de guerra ante los tribunales militares de Núremberg (Nuremberg Military Tribunals)»<sup>119</sup>.

En este juicio, se declaró que un delito podía ser a la vez considerado crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, es decir implícitamente se reconocía que la desaparición forzada, la cual recaía en otros actos inhumanos del art. 6 c) del Estatuto, constituía un crimen de guerra y a la vez un crimen de lesa humanidad<sup>120</sup>. El Tribunal hizo también amplia referencia a la implementación del Decreto *Nacht und Nebel*, manifestando:

Tal vez nunca en la historia mundial haya habido un complot más pervertido y diabólico que la intimidación y la represión. En sus términos se estipula que, en caso de resistencia continua por parte de los habitantes de algunos de los países ocupados, los sospechosos deben ser desaparecidos sin dar ninguna señal de su paradero o su eventual destino [...]se mantuvo el primer y principal objetivo, el secreto absoluto en lo que respecta a los familiares y amigos. Así, el nombre de Noche y Niebla fue bien elegido ya que en teoría y en la práctica las víctimas desaparecieron en la niebla de la noche y nunca más se oyó hablar de ellas. En el dictamen del TMIN, el Tribunal observó que- «la evidencia de una regla sistemática de violencia, brutalidad y terror es bastante abrumadora». Después de que los civiles llegaran a Alemania, no se ofrecía ninguna información al país de donde provenían ni a sus familiares; las familias no fueron informadas, con el propósito de crear ansiedad en las mentes de la familia de la persona detenida<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> "Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals". (NMT)

<sup>120</sup> Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10, vol. III, United States Government Printing Office Washington: 1951, p. 66 "The IMT has given two persuasive interpretations of the meaning of the words 'being connected with' which we cite. In the case of the defendant Streicher who was found guilty of committing crimes against humanity, the IMT said: Streicher's incitement to murder and extermination at the time when Jews in the East were being killed under the most horrible conditions clearly constitutes persecution on political and racial grounds in connection with war crimes, as defined in the charter, and constitutes a crime against humanity." The case of von Schirach is also most enlightening. Anschluss with Austria took place on 12 March 1938. Von Schirach was appointed Gauleiter of Vienna in July 1940. Von Schirach was found guilty of committing crimes against humanity. The IMT said: "As has already been seen, Austria was occupied pursuant to a common plan of aggression. Its occupation is, therefore, a 'crime within the jurisdiction of the Tribunal', as that term is used in article 6 ( c ) of the Charter. As a result, 'murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts,' and 'persecutions on political, racial or religious grounds' in connection with this occupation constitute a crime against humanity under that article."

<sup>121</sup> Ibidem, p. 75. On 7 December 1941 the so-called Nacht und Nebel, or Night and Fog Decree was issued pursuant to the orders of Hitler and Keitel. "Perhaps never in world history has there been a more perverted and diabolical plot for intimidation and repression than this. Its terms provided that in



El Tribunal consideró que el hecho de que los prisioneros fuesen encarcelados en secreto y no se les permitiese comunicarse de ningún modo con amigos o familiares constituía un trato inhumano no solo hacia los prisioneros sino también hacia sus amigos y familiares ya que se encontraban en constante angustia por desconocer su paradero y destino. En consecuencia, se declaró que la implementación del decreto *Nacht und Nebel*, por el cual numerosas personas eran desaparecidas sin dejar rastro constituía una violación flagrante de los derechos garantizados por la Convención de La Haya como el derecho al honor familiar y a la vida, entre otros<sup>122</sup>. La desaparición forzada entonces nacía del Derecho Internacional Humanitario y estaba prohibida por las leyes y costumbres de la guerra, por lo que como hemos visto fue declarada un crimen de guerra y a la vez un crimen de lesa humanidad por los tribunales.

Más adelante, en el año 1975 se volvería a hablar de personas desaparecidas "*missing persons*", en el contexto del conflicto en Chipre. En este sentido, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su resolución 4 (XXXI) de 13 de febrero de 1975 solicitó que se intensificasen los esfuerzos encaminados a localizar a las personas desaparecidas<sup>123</sup>.

Asimismo, el 9 de diciembre de 1975 en su resolución 3450 (XXX), la Asamblea General solicitó asistencia al Secretario general para la búsqueda de las personas

case of continued resistance on the part of the inhabitants of certain of the occupied countries, but largely aimed at France, Belgium, and the Low Countries, the suspected perpetrators should be spirited away without any indication of their whereabouts or eventual fate. The victims were to be tried by the OKW in the occupied territories only when it appeared probable that death sentences would be quickly passed and executed. The others were to be taken to Germany, there to be tried by; Special Courts. Whether the death sentence was there imposed, prison sentences given, or the individuals "acquitted," the first and foremost purpose-that of complete secrecy so far as their family and friends were concerned-was to be preserved. Thus, it is clear that the cognomen of Night and Fog was well chosen since in theory and practice the victims vanished as in the blackness of night and were never heard of again. In the IMT opinion, the Court observed that 'The evidence is quite overwhelming of a systematic rule of violence, brutality, and terror. After these civilians arrived in Germany, no word of them was permitted to reach the country from which they came or even their relatives; even in cases when they died awaiting trial the families were not informed, the purpose being to create anxiety in the minds of the family of the arrested person'."

<sup>122</sup> Ibidem, p. 78. "Again the defendants flagrantly violated rights secured by the Hague Convention of citizens of countries occupied by the German armed forces-the right of family honor, the lives of persons, and the right to be judged under their own laws."

<sup>123</sup> Commission on Human Rights resolution 4 (XXXI) of 13 February 1975, 2. "Calls for the intensification of efforts aimed at tracing and accounting for missing persons". <http://www.cyprusun.org/?p=3986>

desaparecidas como resultado del conflicto armado en Chipre. Como podemos ver, el origen de la protección de las personas de la desaparición forzada se halla en el Derecho internacional humanitario, ya que fue donde se conocieron y juzgaron los primeros casos de desaparición forzada, incluso antes de su tipificación.

En consecuencia, el marco jurídico de la prohibición de desaparición forzada se halla en los diversos Convenios de Derecho Internacional Humanitario, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949<sup>124</sup> y sus Protocolos Adicionales de 1977<sup>125</sup>. Del mismo modo, resultan sumamente importantes las Reglas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario<sup>126</sup>, en particular la Norma 98 que prohíbe las desapariciones forzadas: «La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales».

En este sentido, el Comité de la Cruz Roja ha desarrollado ampliamente la prohibición de la desaparición forzada, haciendo referencia a las demás normas de derecho internacional consuetudinario que son y pueden ser infringidas por esta práctica, en particular la prohibición de la privación arbitraria de la libertad (norma 99), la prohibición de la tortura y de otros tratos crueles o inhumanos (norma 90) y la prohibición del homicidio (norma 89). Con respecto a los conflictos armados internacionales, la Cruz Roja recuerda los requisitos para la prevención de esta práctica, como el registro de datos de las personas detenidas, visitas y la información relativa a estos extremos. En cuanto a los conflictos armados internos, la Cruz Roja recuerda que:

[...] las partes deben adoptar asimismo medidas para prevenir las desapariciones, incluido el registro de los datos de las personas privadas de libertad (norma 123). Esta prohibición debe interpretarse también a la luz de la norma que exige el respeto de la

<sup>124</sup> IV Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Artículo 49. "Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo."

<sup>125</sup> Art. 32. "En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las Altas Partes Contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros."

<sup>126</sup> International Committee of the Red Cross (ICRC), *Customary International Humanitarian Law*, 2005, Volume I: Rules. (Spanish version).



vida familiar (norma 105) y de la norma que impone a cada parte en conflicto la adopción de todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y de transmitir a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto (norma 117).

Como veremos más adelante, la mayoría de casos de desapariciones forzadas han sido juzgadas según el Derecho Internacional de los derechos humanos, a pesar de ello, algunos tribunales nacionales siguieron las líneas trazadas por el TMIN y el NMT, como es el caso *Xuncax v. Gramajo* en Estados Unidos, en el cual los actores presentaron una demanda contra el exministro de defensa de Guatemala por su responsabilidad en los hechos delictivos cometidos durante el conflicto armado interno en ese país, entre los cuales se encontraba un caso de desaparición forzada.

La Corte de Distrito de Massachusetts consideró que la desaparición forzada constituía una violación del Derecho Internacional, asimismo declaró que las desapariciones, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y las detenciones ilegales han sido condenadas universalmente por consenso ya que afectan a «la dignidad intrínseca y a los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»<sup>127</sup>.

El análisis de la Corte estableció que la desaparición forzada era un crimen de guerra ya que para hallar la responsabilidad del acusado, el tribunal se basó en la doctrina del caso *Yamashita*, el cual fue condenado por no cumplir con su deber como comandante al no controlar los actos de sus subordinados y permitirles perpetrar crímenes de guerra. En consecuencia, el demandado Gramajo fue condenado por la desaparición forzada del padre de uno de los demandantes.

### **3.2 El concepto de desaparición forzada visto desde el Derecho Internacional de los derechos humanos**

La desaparición forzada es un delito complejo, que como hemos visto empezó a ser utilizado mayoritariamente en el siglo XX durante conflictos armados y como método de represión. El 16 de diciembre de 1977, la Asamblea General de Naciones

<sup>127</sup> United States District Court, D. Massachusetts. Teresa XUNCAX, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Mendez, Juan Ruiz Gomez, Miguel Ruiz Gomez, and Jose Alfredo Callejas, Plaintiffs, v. Hector GRAMAJO, Defendant.

Unidas (AGONU) en la Resolución 32/118 hizo referencia por primera vez a la desaparición de personas por razones políticas en Chile<sup>128</sup>.

La comunidad internacional fue testigo de la práctica de este delito de manera frecuente en distintos países, por lo que se consideró crear un cuerpo normativo para regular y controlar esta nueva figura que rápidamente había alcanzado una tristemente célebre popularidad entre algunas dictaduras. Por ello, el 8 de diciembre de 1978 en el Tercer Comité de la AGONU, Colombia presentó un proyecto de resolución denominado «personas desaparecidas»<sup>129</sup>, el cual hacía referencia a la situación de las personas desaparecidas y por la cual se realizaba un llamamiento a los Estados y organizaciones a llevar a cabo investigaciones y tomar medidas urgentes; este documento fue aprobado en el mismo año. Aquellas serían las bases del futuro cuerpo normativo relativo a la desaparición forzada en el sistema universal de Derechos Humanos.

En el mismo sentido, la AGONU en su resolución 33/173, de 20 de diciembre de 1978<sup>130</sup>, se declaró profundamente preocupada por los informes procedentes de diversas partes del mundo en relación con la desaparición forzada o involuntaria de personas como consecuencia de los excesos cometidos por parte de las autoridades en aplicación de la ley, fuerzas de seguridad u organizaciones similares<sup>131</sup>.

Esta sería la primera vez que se utilizaría el concepto de desaparición forzada o involuntaria. Entre otras cosas, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que tuviese en cuenta a las personas desaparecidas para poder formular recomendaciones pertinentes. Por ello, la Comisión de Derechos Humanos solicitó a la Subcomisión de prevención de la

<sup>128</sup> General Assembly on 16 December 1977 in Resolution 32/118 "disappearance of persons for political reasons". Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r118.pdf> (Visto por última vez: 24 de noviembre de 2018).

<sup>129</sup> Informe del Consejo Económico y Social. A/C.3/33/L.76/Rev.1. Disponible en: <http://undocs.org/sp/A/C.3/33/L.76/Rev.1> (Visto por última vez: 24 de noviembre de 2018).

<sup>130</sup> Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/33/173&Lang=S> (Visto por última vez: 14 de diciembre de 2018).

<sup>131</sup> The General Assembly, "deeply concerned by reports from various parts of the world relating to enforced or involuntary disappearances of persons as a result of excesses on the part of law enforcement or security authorities or similar organizations".

discriminación y protección de las minorías que formulase recomendaciones relativas a la desaparición forzada de personas<sup>132</sup>.

Así, en 1980, a través de la resolución 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980<sup>133</sup>, la Comisión de Derechos Humanos decidió establecer un grupo de trabajo integrado por cinco miembros, para que actuaran como expertos para examinar cuestiones relativas a las desapariciones forzadas o involuntarias<sup>134</sup>. Este Grupo de Trabajo únicamente conocería y sigue conociendo los casos en los que los Estados pueden resultar responsables directos de la práctica y no los casos de desapariciones dadas en conflictos armados.

El 5 de septiembre de 1983, la Subcomisión adoptó la resolución 1983/23 en la cual solicitaba al Grupo de Trabajo sobre Detención preparar un primer proyecto de *"Declaration Against Unacknowledged Detention of Persons, Whatever Their Condition"*<sup>135</sup>, y posteriormente enviarlo a la Subcomisión para su revisión y posible corrección<sup>136</sup>.

El Grupo de Trabajo preparó la declaración durante 1984 y 1985. En este último año, la Comisión aprobó el proyecto de declaración contra la detención no reconocida de personas, sin embargo, solicitó un nuevo texto más detallado en relación con las detenciones no reconocidas. No sería hasta 1990, cuando el Grupo de Trabajo sobre detención presentaría un proyecto de declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias. En consecuencia el 31 de agosto de 1990 se adoptó el proyecto de declaración. Se encomendó a un Grupo de trabajo de composición abierta de la Comisión de Derechos Humanos examinar el proyecto de declaración, este grupo de trabajo fue el encargado de aprobar el texto definitivo del proyecto de declaración que sería finalmente aprobado por la AGONU el 18 de diciembre de 1992, a través de la resolución 47/33 denominada «Declaración

<sup>132</sup> United Nations, Economic and Social Council, Resolution 1979/38, 10 May 1979.

<sup>133</sup> [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/E-CN.4-RES-1980-20\\_XXXVI.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/E-CN.4-RES-1980-20_XXXVI.pdf)

<sup>134</sup> Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. UN, Commission on Human Rights, Resolution 20 (XXXVI).

<sup>135</sup> Declaración contra la detención no reconocida de personas cualquiera fuera su condición.

<sup>136</sup> UN. ECOSOC. Report of The Sub-Commission On Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on its Thirty-Sixth Session. Geneva, 15 August-9 September 1983. E/CN.4/1984/3. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G83/138/30/PDF/G8313830.pdf?OpenElement>

sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas»<sup>137</sup>. La misma entiende por desaparición forzada:

[ - ] que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley<sup>138</sup>.

Posteriormente a la aprobación de la Declaración, en 1994 se creó un Grupo de trabajo sobre la administración de justicia en sustitución del anterior Grupo de trabajo sobre detención. Este nuevo grupo solicitó al experto Louis JOINET, la elaboración de un documento complementario a la Declaración de 1992. JOINET presentó el documento en 1995 mediante el cual propuso la creación de una «Convención Internacional sobre la prevención y la sanción de las desapariciones forzadas»<sup>139</sup> y que un grupo de expertos preparasen un documento de trabajo sobre dicho tema con el apoyo del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

El Grupo de Trabajo solicitó nuevamente a JOINET la elaboración de un anteproyecto de «Convención Internacional sobre la prevención y sanción de las desapariciones forzadas». Asimismo, se le solicitó la planificación de una reunión de expertos en la materia, incluidos miembros del Grupo de Trabajo, no obstante, JOINET se puso en contacto con distintos gobiernos y organizaciones no gubernamentales a fin de llevar a cabo esta reunión. Del mismo modo, presentó el anteproyecto de convención en 1996, el cual no pudo ser examinado a fondo por falta de presupuesto.

<sup>137</sup> Cfr. Antecedentes Históricos, Convención Internacional para la protección contra las desapariciones forzadas. United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en: [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/icpped/icpped\\_ph\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/icpped/icpped_ph_s.pdf)

<sup>138</sup> Preámbulo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

<sup>139</sup> "International Convention on the Prevention and Punishment of Enforced Disappearances."

En consecuencia, JOINET organizó una reunión para examinar el proyecto de convención, para tal fin trabajó junto a Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas. La reunión se llevó a cabo los días 16 y 17 de junio de 1997 con la asistencia de distintos responsables de órganos relacionados temáticamente con la desaparición forzada, estuvieron presentes el Relator especial sobre la tortura, el Relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, el Vicepresidente del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria y un miembro del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

A dicha reunión también asistieron representantes del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y expertos que habían participado en la redacción de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Debido al escaso tiempo con que contaban, no pudieron examinar a fondo el anteproyecto de convención, por lo que a finales de 1997, se llevó a cabo una nueva reunión con el mismo fin, la cual en esta ocasión, fue organizada por Amnistía Internacional, la Comisión Internacional de Juristas, la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos Desaparecidos y el Servicio Internacional pro Derechos Humanos. En esta reunión, participaron también distintos expertos, entre ellos, personas que habían participado en la redacción de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y un miembro del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

Este anteproyecto fue enmendado en 1998 por el Grupo de trabajo sobre la administración de justicia y se trasladó a la Comisión de Derechos Humanos por lo que el 26 de abril de 1999, la Comisión de Derechos Humanos aprobó la resolución 1999/38, mediante la cual tenía en cuenta el proyecto de Convención. No fue hasta el año 2000 cuando la Comisión de Derechos Humanos solicitó la difusión del proyecto de Convención entre los Estados, organizaciones internacionales y no gubernamentales. En 2001 se designó al experto independiente Manfred NOWAK y se le solicitó el examen del marco internacional en materia penal y de derechos humanos relativo a las desapariciones forzadas, dicho informe fue presentado en 2002.

Al igual que se había hecho con la redacción de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la Comisión de

Derechos Humanos creó un Grupo de trabajo de composición abierta con el fin de crear un instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, para ello, la Comisión solicitó tener en cuenta la Declaración de 1992, el proyecto de Convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y el informe realizado por el Sr. NOWAK<sup>140</sup>. El Grupo de trabajo fue reuniéndose regularmente, continuando así su labor encomendada de creación de una Convención vinculante. En 2005, el Grupo de trabajo celebró su última reunión y transmitió el texto final de la futura Convención a la Comisión de Derechos Humanos para su aprobación. Finalmente, el 29 de junio de 2006, el Consejo de Derechos Humanos, -que sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos-, aprobó la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en virtud de la resolución 1/1 y recomendó su aprobación a la AGONU. La AGONU aprobó y abrió a la firma, ratificación y adhesión la Convención Internacional para la Protección de

Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas en virtud de la resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006<sup>141</sup>. A fecha de hoy, son 98 Estados signatarios y 59 la han ratificado. La Convención en su artículo 2 manifiesta que se entenderá por desaparición forzada:

El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

De este modo, fue como finalmente se codificó la figura de la desaparición forzada en el Derecho Internacional de los derechos humanos, en el marco de las Naciones Unidas, como profundizaremos en el Capítulo III, estableciendo los elementos del delito, las medidas de protección y su tratamiento por los Estados en

<sup>140</sup> Cfr. Antecedentes Históricos, Convención Internacional para la protección contra las desapariciones forzadas. United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en: [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/icpped/icpped\\_ph\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/icpped/icpped_ph_s.pdf)

<sup>141</sup> A/RES/61/177.

sus respectivos ordenamientos internos. Estos hechos facilitaron el enjuiciamiento de casos de desapariciones en diversas partes del mundo, pero siempre bajo el manto de los Derechos Humanos lo que directamente conlleva responsabilidad internacional del Estado pero no de los individuos.





## CAPÍTULO II. LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

### 1. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL<sup>142</sup>

El Derecho penal internacional<sup>143</sup> (DPI) es una parte del Derecho Internacional que delimita ciertos tipos de conducta, que por su trascendencia afectan a la comunidad internacional en su conjunto (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio, tortura, agresión, terrorismo) y hace que los autores de estas conductas sean penalmente responsables. Para ANDRÉS DOMÍNGUEZ «es aquel conjunto de disposiciones que regulan tanto la aplicación en el espacio de la Ley penal interna, como las dirigidas a proteger intereses fundamentales de la comunidad internacional»<sup>144</sup>.

A pesar de referirse a la ley interna, la autora señala que en estas normas coexisten elementos supranacionales que permiten el uso del calificativo de internacional<sup>145</sup>. En consecuencia, autoriza a los Estados o les impone la obligación de procesar y castigar tales conductas<sup>146</sup>. Las reglas que las delimitan provienen de diversas fuentes de derecho internacional como tratados, derecho consuetudinario, etc. El problema que plantea gira sobre todo en torno al principio de legalidad y al principio de retroactividad de la ley penal, cuando aquellos deben ceder ante otros principios más importantes.

<sup>142</sup> Dicha denominación se atribuye a BENTHAM. Cfr. BUENO ARÚS, F. y ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional*. Universidad Pontificia De Comillas, 2003, p. 23.

<sup>143</sup> Para un amplio estudio del Derecho penal internacional, véase: SCHABAS, W., *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge University Press (Cambridge Companions to Law), 2016; GIL GIL, A., MACULAN, E., y BELTRÁN, A., *Derecho Penal Internacional*, Madrid: 2016; SCHABAS, W., *Unimaginable Atrocities. Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford University Press, 2012; CASSESE, A., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2009; CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2nd Ed. 2008; BASSIOUNI, M. C., *Introduction to International Criminal Law*, 2003; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado De Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. 1955.

<sup>144</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A., *Derecho Penal Internacional*. Tirant Lo Blanch, 2006, p. 17.

<sup>145</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A., ob. cit.; Díez SÁNCHEZ, J., *El Derecho Penal Internacional: (Ámbito Espacial de la Ley Penal)*. Colex, 1990, p. 18.

<sup>146</sup> Vid. CASSESE, A., *International...*, ob. cit., p. 3. Traducción propia. "International Criminal Law is a body of international rules designed both to proscribe certain categories of conduct (war crimes, crimes against humanity, genocide, torture, aggression, terrorism) and to make those persons who engage in such conduct criminally liable. They consequently either authorize states, or impose upon them the obligation, to prosecute and punish such criminal conducts."

A diferencia de la responsabilidad del Estado por actos ilícitos, en el DPI se juzgan individuos responsables de las violaciones llevadas a cabo. Todo ello nace de la necesidad de extender la responsabilidad a los sujetos responsables, en este proceso de delimitar la responsabilidad penal individual, el derecho internacional se enfrentó a dos grandes obstáculos:

En primer lugar, en derecho internacional clásico, eran los Estados y no los individuos los protagonistas exclusivos, por ello el establecimiento de normas penales en derecho internacional requería primeramente el reconocimiento del individuo como un sujeto de derecho internacional.

En segundo lugar, era necesario superar la actitud defensiva de los Estados respecto a la interferencia externa que se asentaba en el concepto de soberanía. Una vez superados estos obstáculos, el derecho penal internacional se fue desarrollando con una tendencia general a fortalecer la posición del individuo como tal, posteriormente los horrores cometidos en la Alemania nazi apoyaron la aceptación de la responsabilidad internacional penal<sup>147</sup>.

El principal antecedente del establecimiento de la responsabilidad penal individual en Derecho Internacional lo podemos encontrar en el Tratado de Versalles, el cual se firmó el 28 de junio de 1919. En el artículo 227, «las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, exemperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados», estableciendo a continuación la creación de «un tribunal especial para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa».

Asimismo, determinó que el tribunal «se compondrá de cinco jueces, nombrados por cada una de las cinco Potencias siguientes: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y el Japón. El tribunal juzgará inspirándose en los principios más elevados de la política entre las naciones, con objeto de garantizar el respeto a las obligaciones solemnes y a los compromisos internacionales, así como a la moral internacional. Le corresponderá fijar la pena que a su juicio deba aplicarse».

<sup>147</sup> Cfr. WERLE, G. & JESSBERGER, F., *Principles of international criminal law*, Oxford University Press, 3rd Ed., 2014, p. 1.

Por otra parte, como señala MÁRQUEZ CARRASCO:

La Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de penas, creada en la Conferencia de paz preliminar de Versalles, recomendó el 25 de enero de 1919 en su informe a la Conferencia de Paz que se persiguieran los actos que provocaron la guerra mundial y acompañaron su inicio, las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, y la violación de las «leyes de humanidad», presentando una propuesta de Tribunal que podría aplicar los principios de Derecho Internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de los dictados de la conciencia pública<sup>148</sup>.

Los elementos del delito desarrollados por esta Comisión, abarcaron cuatro grupos: delitos contra la inviolabilidad de los tratados, delitos contra la moral internacional, violaciones de las leyes de humanidad y crímenes de guerra, este último incluía la violación de los Reglamentos de La Haya, la Convención de Ginebra de 1864 y las reglas aceptadas de la guerra marítima. Todo ello sirvió como base para el posterior desarrollo del derecho penal internacional a partir de los juicios de Núremberg.

En cuanto al tema central de esta investigación -el delito de desaparición forzada-, el mismo ha sido juzgado a través del tiempo por diversos tribunales que han aplicado el DPI. En primer lugar, atenderemos a los conceptos más relevantes para el estudio del delito y en segundo lugar, nos centraremos en los tribunales penales internacionales. Si bien es cierto que podemos situar el inicio de su práctica hace muchos años, su codificación específica en el DPI es reciente, ya que se incluía en la denominación de otros actos inhumanos o como una violación de los derechos de la familia como hemos señalado anteriormente.

<sup>148</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, C., «Los crímenes contra la humanidad en perspectiva histórica (1899-1946) en *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*», coord. por VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A., vol. 2, 2005, p. 845. Esta propuesta es valorada como un importante antecedente por algunos autores, ver entre otros, GRAVEN, J., ob. cit. y WERLE, G. Y JESSBERGER, F, ob. cit., p. 3.

## 2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE LESA HUMANIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Con respecto a los crímenes de lesa humanidad, la prohibición internacional codificada existe a partir de la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, que estableció el TMIN, fue un acuerdo entre Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y la Unión Soviética<sup>149</sup>. La competencia material del Tribunal quedó delimitada en el art. 6 de la Carta, reconociendo en el punto c, los crímenes contra la humanidad:

A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Es decir, se establecía la responsabilidad por entre otros, actos inhumanos cometidos contra la población civil, recordemos que la desaparición forzada de personas ya había sido practicada por el régimen nazi durante la segunda guerra mundial. En este punto, se plantearon también los problemas de legalidad con el principio de *nullum crimen sine lege*<sup>150</sup> y la prohibición de leyes retroactivas en el ámbito penal.

Debemos considerar también como otra fuente internacional de los crímenes de lesa humanidad, la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokio para el Lejano Oriente, de abril de 1946. La cual, en el art. 5 establecía la competencia del Tribunal, destacando en su punto c, «los crímenes contra la humanidad, es decir, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otras acciones inhumanas cometidas contra

<sup>149</sup> Posteriormente se adhirieron diecinueve Estados.

<sup>150</sup> Principio que establece que para que una conducta pueda ser calificada de delito debe estar establecida como tal y con anterioridad a la realización de esa conducta. Para más información, véase: RESTA, D., *El principio "nullum crimen, nulla poena sine lege" en el derecho penal internacional: en particular en el estatuto de la Corte Penal Internacional*; RAUTER, T., *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, 2017; VAN DER WILT, H., "Nullum Crimen and International Criminal Law: The Relevance of the Foreseeability Test" en *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, n.º 3, 2015, pp. 515-531; MOKHTAR, A., "Nullum crimen, nulla poena sine lege: Aspects and Prospects" en *Statute Law Review*, vol. 26, n.º 1, 2005; BROOMHALL B., "Article 22, Nullum crimen sine lege, General Principles of Criminal Law" en TRIFFTERER O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law. Observers' Notes, Article by Article*, ob. cit.

cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por causas políticas o raciales en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, violando o no las leyes nacionales del país en donde son perpetrados». Con esta última redacción también se preveía el castigo de determinadas acciones a pesar de no estar tipificadas en el ordenamiento interno. Por otra parte, la AGONU solicitó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI), la preparación de un proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad<sup>151</sup> y en 1996 se aprobó el texto definitivo de los veinte artículos incluidos en dicho Código, según el artículo 18: «Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: [...] i) desaparición forzada de personas».

Esta fue la primera vez que se introdujo expresamente el delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. En el marco de regulación de los crímenes de lesa humanidad, la ONU adoptó diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad de 26 de noviembre de 1968<sup>152</sup>, la cual en su art. 1 establecía «la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad independientemente de si los mismos se hubiesen cometido en tiempo de guerra o de paz, aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos».

La posterior creación de los tribunales internacionales penales *ad hoc* por parte de la ONU, también contribuyó a la unificación del concepto de crímenes de lesa humanidad. En el caso del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), el mismo fue encargado de enjuiciar a los responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y violaciones de las normas de la guerra. En el art. 5 del Estatuto del TPIY<sup>153</sup> se establece que el tribunal tiene competencia:

<sup>151</sup> UN. Doc. A/51/10, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones, pp. 16-129.

<sup>152</sup> AG Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

<sup>153</sup> Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991.

Para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos.

Esta nueva definición volvió a introducir el elemento del conflicto armado, recordemos que el proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la CDI había eliminado este elemento, sin embargo el Consejo de Seguridad (CS) de la ONU consideró que al incluirla se evitarían acusaciones de retroactividad de la ley penal, ya que se respetaría el más antiguo precedente de los crímenes de lesa humanidad, es decir el art. 6 punto c) de la Carta del TMIN<sup>154</sup>. En el caso Kunarac y otros<sup>155</sup>, el TPIY realizó una explicación más exhaustiva de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, entre ellos:

1. Existencia de una conexión con un conflicto armado; el TPIY manifestó que «este requisito no es equivalente al artículo 3 del Estatuto, el cual exige que los hechos estén estrechamente relacionados con el conflicto armado. Como lo afirmó la Sala de Primera Instancia, el requisito contenido en el Artículo 5 del Estatuto es un requisito puramente jurisdiccional que se satisface con la prueba de que hubo un conflicto armado y que objetivamente los actos del acusado están vinculados geográficamente y temporalmente con el conflicto armado»<sup>156</sup>.
2. El requisito legal de la existencia de un ataque; el TPIY declaró que «los conceptos de "ataque" y "conflicto armado" no son idénticos. Como la Sala de Apelaciones ya ha señalado al comparar el contenido del derecho internacional consuetudinario con el Estatuto del Tribunal, los dos: el 'ataque contra la población civil' y el 'conflicto armado'; deben ser

<sup>154</sup> Cfr. TORRES, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 72.

<sup>155</sup> TPIY. *Kunarac et al.* (IT-96-23 & 23/1), 12 de junio de 2002.

<sup>156</sup> TPIY. *Kunarac et al.*, *supra*, párr. 83. Traducción propia: " \_ this requirement is not equivalent to Article 3 of the Statute's exigency that the acts be closely related to the armed conflict.90 As stated by the Trial Chamber, the requirement contained in Article 5 of the Statute is a purely jurisdictional prerequisite which is satisfied by proof that there was an armed conflict and that objectively the acts of the accused are linked geographically as well as temporally with the armed conflict."

conceptos distintos, aunque, por supuesto, de conformidad con el artículo 5 del Estatuto, ya que el ataque contra 'cualquier población civil' puede ser parte de un 'conflicto armado'. Según el derecho internacional consuetudinario, el ataque podría preceder o continuar durante el conflicto armado, sin ser necesariamente parte de él. Además, el ataque en el contexto de un crimen de lesa humanidad no se limita al uso de la fuerza armada; abarca cualquier maltrato de la población civil»<sup>157</sup>. El tribunal fue más allá al considerar que era irrelevante si la población civil atacada también había atacado a la población civil oponente, ya que ello no suponía ninguna justificación.

3. El ataque debe ser dirigido contra la población civil; el tribunal determinó que ello significaba que la población civil debía ser el principal objetivo del ataque. Para determinar este extremo, se deberá considerar, entre otros, los medios y el método utilizados en el curso del ataque, el estado de las víctimas, su número, la naturaleza discriminatoria del ataque, la naturaleza de los crímenes cometidos, la resistencia a los atacantes y la medida en que se cumplió o intentó cumplir con los requisitos de las leyes de la guerra<sup>158</sup>.
4. El ataque debe ser generalizado o sistemático; según el TPIY, la definición de «generalizado» se refiere a la naturaleza a gran escala del ataque y el número de víctimas, mientras que la frase «sistemática» se refiere a «la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su

<sup>157</sup> TPIY. *Kunarac et al.*, *supra*, párr. 86. Traducción propia: "The concepts of 'attack' and 'armed conflict' are not identical.<sup>98</sup> As the Appeals Chamber has already noted when comparing the content of customary international law to the Tribunal's Statute, 'the two - the 'attack on the civilian population' and the 'armed conflict' - must be separate notions, although of course under Article 5 of the Statute the attack on 'any civilian population' may be part of an 'armed conflict'".<sup>99</sup> Under customary international law, the attack could precede, outlast, or continue during the armed conflict, but it need not be a part of it.<sup>100</sup> Also, the attack in the context of a crime against humanity is not limited to the use of armed force; it encompasses any mistreatment of the civilian population."

<sup>158</sup> TPIY. *Kunarac et al.*, *supra*, párr. 91. Traducción propia: "[...] the expression 'directed against' is an expression which 'specifies that in the context of a crime against humanity the civilian population is the primary object of the attack'.<sup>106</sup> In order to determine whether the attack may be said to have been so directed, the Trial Chamber will consider, inter alia, the means and method used in the course of the attack, the status of the victims, their number, the discriminatory nature of the attack, the nature of the crimes committed in its course, the resistance to the assailants at the time and the extent to which the attacking force may be said to have complied or attempted to comply with the precautionary requirements of the laws of war."



ocurrencia aleatoria»<sup>159</sup>. Como afirmó la Sala de Primera Instancia, la evaluación de lo que constituye un ataque «generalizado o sistemático» es esencialmente un ejercicio relacionado con la población civil que, supuestamente, estaba siendo atacada. Por lo tanto, una Sala de Primera Instancia debe identificar a la población que es el objeto del ataque y a la luz de los medios, métodos, recursos y resultado del ataque a la población, determinar si el ataque fue realmente generalizado o sistemático. Las consecuencias del ataque sobre la población que era el objetivo, el número de víctimas, la naturaleza de los hechos, la posible participación de funcionarios o autoridades o cualquier patrón identificable de crímenes, se podrían tener en cuenta para determinar si el ataque satisface uno o ambos requisitos de un ataque generalizado o sistemático frente a esta población civil. El tribunal también manifestó que este concepto alcanza al ataque pero no a los actos individuales del acusado, los cuales deben ser parte del ataque, esto junto a las demás condiciones determinarán si se trata de un crimen de lesa humanidad o de hechos aislados.

5. La existencia de una política o plan y su conexión con el ataque; a pesar de no ser un elemento de los crímenes de lesa humanidad<sup>160</sup>, el TPIY consideró necesaria su incorporación. En el punto anterior, el tribunal estableció que los actos del acusado deben constituir parte del ataque, para construir esta conexión entre los actos del acusado y el ataque en sí mismo deberemos atender a dos elementos: la comisión de un hecho que, por su naturaleza o consecuencias sea objetivamente parte del ataque; junto con el conocimiento por parte del acusado de la existencia de un ataque contra la población civil y que sus actos sean parte de dicho ataque. El TPIY estableció que «Los actos del acusado deben ser parte del "ataque" contra la población civil, pero no es necesario que se cometan en medio de ese ataque. Un crimen que se cometa antes o después del ataque principal

<sup>159</sup> TPIY. *Kunarac et al.*, *supra*, párr. 94. Traducción propia: "As stated by the Trial Chamber, the phrase 'widespread' refers to the large-scale nature of the attack and the number of victims,108 while the phrase 'systematic' refers to 'the organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence'".

<sup>160</sup> Ha habido cierto debate en la jurisprudencia del TPIY sobre si la existencia de una política o plan constituye un elemento de la definición de los crímenes de lesa humanidad. La práctica revisada por la Sala de Apelaciones apoya abrumadoramente la afirmación de que tal requisito no existe en virtud del derecho internacional consuetudinario.



contra la población civil o fuera de él podría, si estuviera suficientemente conectado, ser parte de ese ataque. Sin embargo, no debe ser un hecho aislado. Un crimen se considerará un "acto aislado" cuando habiendo considerado el contexto y las circunstancias en que se cometió, esté tan alejado de ese ataque por lo que no puede razonablemente decirse que ha sido parte del mismo»<sup>161</sup>.

6. La *mens rea* para los crímenes de lesa humanidad; el TPIY fue contundente al declarar que el acusado debe haber tenido la intención de cometer el delito u ofensas que se le imputan, y que debe haber sabido de la existencia del ataque contra la población civil y que sus actos forman parte de ese ataque, o al menos que haya asumido el riesgo de que sus actos formaran parte de dicho ataque. Este requisito no implica el conocimiento de los detalles con los que se llevó a cabo el mismo.

Por otra parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), establece en el art. 3 de su Estatuto que:

Tendría competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

Esta definición no exige a diferencia del estatuto del TPIY una conexión con un conflicto armado, únicamente exige que el ataque sea generalizado o sistemático. A raíz de los conflictos que se iban sucediendo alrededor del mundo, la comunidad internacional entendió que era necesaria la creación de un tribunal penal internacional

<sup>161</sup> TPIY. *Kunarac et al.*, *supra*, párr. 100. Traducción propia: "The acts of the accused must be part of the 'attack' against the civilian population, but they need not be committed in the midst of that attack. A crime which is committed before or after the main attack against the civilian population or away from it could still, if sufficiently connected, be part of that attack. The crime must not, however, be an isolated act.<sup>118</sup> A crime would be regarded as an 'isolated act' when it is so far removed from that attack that, having considered the context and circumstances in which it was committed, it cannot reasonably be said to have been part of the attack."

permanente, como consecuencia de ello se creó la Corte Penal Internacional (CPI) a través del Estatuto de Roma (ER), el cual fue firmado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002. El ER en su art. 7 estableció los crímenes de lesa humanidad como cualquiera de los actos siguientes:

a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, cuando se cometa como parte de un ataque sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Esta definición es la más completa en cuanto a nuevos actos considerados como crímenes de lesa humanidad, recordemos que en ningún cuerpo normativo vigente se había nombrado explícitamente el delito de desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad hasta este momento.

En virtud de las aportaciones dadas por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales especiales y la elaboración del Estatuto de Roma, podemos extraer cinco requisitos exigibles a todo crimen de lesa humanidad, a saber:

- 1) el ataque;
- 2) la necesidad de conexión entre el ataque y los actos del acusado;
- 3) que el ataque sea generalizado y sistemático;
- 4) que se cometa contra una población civil y
- 5) que el actor tenga conocimiento de que el ataque es generalizado y sistemático.

«En consecuencia, la doctrina se pronuncia al respecto en forma casi unánime, al exigir precisamente, como lo hace el ER, que por tratarse de un crimen contra la humanidad el hecho sea cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático<sup>162</sup>»<sup>163</sup>. Sin embargo, no hay consenso en relación a la existencia de otros dos requisitos: la necesidad de que los crímenes de lesa humanidad se cometan en el contexto de un conflicto armado y la necesidad de un motivo discriminatorio en su comisión. Hoy en día, «la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 7 del ER refleja actualmente el derecho internacional consuetudinario y puede, por consiguiente, utilizarse para interpretar y aplicar las disposiciones de la Declaración [de 1992]»<sup>164</sup> en cuanto a la naturaleza de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad.

Surgen así distintas dudas acerca de la comisión del delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, como por ejemplo, ¿podemos hablar de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad cuando se trata de la desaparición de una sola persona? La respuesta es positiva, en tanto sea parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, esta idea es confirmada por el texto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas cuando prevé la posibilidad de la desaparición forzada de «una o más personas» en su artículo 2<sup>165</sup>. Como he señalado en anterior ocasión<sup>166</sup>:

Esta alternativa se ve reforzada por la jurisprudencia del TPIY y del TPIR, ante los cuales no se han resuelto casos específicos de desaparición forzada pero sí casos en los que los tribunales se han pronunciado respecto de la posibilidad de que un solo

<sup>162</sup> Cfr. en este sentido GIL, A., *Derecho penal internacional*, Madrid: 1999, p. 151; BRUER-SCHAFER, A., *Der Internationale Strafgerichtshof: die internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik*, Frankfurt: Lang, 2001, p. 296; CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, ob. cit., p. 400; MANSKE, G., *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit: zu einem zentralen Begriff der Internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 172.

<sup>163</sup> Citado en: SANTA CRUZ-ARAMBURU, S., ob. cit., p. 39.

<sup>164</sup> Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, 2009.A/HRC/13/31. Comentario General sobre las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad, párr. 14.

<sup>165</sup> Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

<sup>166</sup> Nota al pie 163, p. 39-40.

hecho -en contexto de ataque generalizado o sistemático- configure un crimen contra la humanidad <sup>167</sup> . Sin embargo, en la misma jurisprudencia del TPIY parece incorporarse un elemento adicional, cuando el tribunal exige en Kupreskic que el hecho individual «debe ser llevado a cabo en forma sistemática o a gran escala»<sup>168</sup> . En este mismo sentido, CASSESE exige que las ofensas deben ser realizadas a gran escala o en forma sistemática<sup>169</sup> , esto es, no solamente realizadas en un contexto de ataque generalizado o sistemático, para este autor, un ataque generalizado implica una línea de conducta que significa gran número de víctimas, y sistemático se refiere al gran nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o de una política. Estos conceptos fueron definidos por el TPIR en el caso Akayesu en el cual se estableció: «El concepto de "generalizado" puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas»<sup>170</sup> . El concepto de "sistemático" puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados»<sup>171</sup> . MAZUELOS sin embargo, añade que la especial naturaleza jurídica del crimen de desaparición forzada exige además: a) el conocimiento de la materia de prohibición derivada de convenios internacionales o de la costumbre (principalmente a aquellos funcionarios estatales que ejercen el poder o que imparten órdenes en estructuras de gobierno organizadas verticalmente) y, b) la abstención de una actuación en contrario<sup>172</sup> .

Todo ello nos permite afirmar que:

[ - ] el concepto de lesa humanidad como es definido en el artículo 7 del ER, se refiere a hechos cometidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático, que se realiza con la participación o tolerancia *-de iure o de facto-* del poder público, y

<sup>167</sup> Cfr. TPIY, Prosecutor vs. Kvočka, case num. I-98-30-1-A, Trial Chamber Judgment, párrs. 207 y 209

<sup>168</sup> TPIY, Prosecutor vs. Kupreskic, case num. IT-95-16-A, Judgment, Appeals chamber, 23 oct. 2001; crit. HALL, en TRIFFTERER, Commentary, ob. cit., art. 7º, num. 73.

<sup>169</sup> Cfr. CASSESE, A., "Crimes against Humanity", en CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J. R. W. D. (Coords.). The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary, vol. I, New York: Oxford University Press, 2002, pp. 356 y ss. ("One of the most significant of these elements is the fact that such offences must be large-scale or systematic", p. 356).

<sup>170</sup> TPIR, Caso Jean-Paul Akayesu, Sala I, párr. 580. Traducción: "[ - ] massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims [ - ]". Traducción propia.

<sup>171</sup> Ibíd. Traducción propia: "[ - ] thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources".

<sup>172</sup> Cfr. MAZUELOS, J., *La consideración de la desaparición forzada o involuntaria de personas como crimen contra la humanidad*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona: Belaterra, 1989, p. 85.

que tiene por destinataria a una población civil. Estos elementos constituyen el contexto en el que debe cometerse la desaparición forzada para que pueda tenerse efectivamente por constituido el delito como crimen de lesa humanidad; en caso contrario, constituiría solamente un crimen individual con la consecuente carencia de contexto, lo cual nos hace preguntarnos si en este caso debe ser calificado como desaparición forzada con todas las consecuencias jurídicas de un crimen internacional, a saber, imprescriptibilidad, jurisdicción internacional, prohibición de la amnistía, etcétera<sup>173</sup>.

La respuesta en mi opinión es negativa, la práctica del delito sin el contexto de lesa humanidad no tendría las mismas consecuencias jurídicas, sin embargo, hay que atender a la costumbre como marco y no simplemente a la ley. El concepto de lesa humanidad no es reciente, empero encontramos su inclusión en los códigos penales tardíamente, lo cual no puede ser óbice para que los Estados incumplan sus obligaciones alegando una supuesta retroactividad de la ley penal. La doctrina y la práctica son contundentes, por lo que ampararse en dichos extremos constituye una violación del principio de legalidad y una forma más de colocar a muchas víctimas en indefensión.

### **3. LA PROHIBICIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO NORMA DE *IUS COGENS***

En el derecho internacional existen normas dispositivas e imperativas. Estas últimas conocidas como *ius cogens*<sup>174</sup>. La Convención de Viena sobre el Derecho de

<sup>173</sup> Nota al pie 163, p. 40.

<sup>174</sup> Para un estudio en profundidad, véase: WEATHERALL, T., *Jus cogens: international law and social contract*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2017; KOLB, R., *Peremptory International Law - "Jus Cogens": a General Inventory*, Oxford: Hart Publishing, 2017; AGUILAR CAVALLO, G., «Las normas de *ius cogens* y el orden jurídico interno: Una evolución progresiva y prometedora» en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2016, pp. 341-348; HEIJER, M., & VAN DER WILT, H. (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?* The Hague: T.M.C. Asser Press, 2016; SAUL, M., "Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges" en *Asian Journal of International Law*, vol. 5, n.º 1, 2015, pp. 26-54; KNUCHEL, S., *"Jus Cogens": Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, Zürich: Schulthess, 2015; CANNIZZARO, E., *The Present and Future of Jus Cogens*. Roma: Sapienza Università Editrice, 2015; QUISPE REMÓN, F., «Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo» en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 28, 2012, pp. 143-183; VALLARTA MARRÓN, J., «La Argumentación Jurídica En Torno Al Ius Cogens Internacional» en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2010, pp. 11-47; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «El *ius cogens* y las obligaciones derivadas de las normas imperativas: entre el mito y la realidad en *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, ob. cit., vol 1, pp. 619-638; ALEKSIDZE, L., *Zegal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*. Leiden: Brill, 2008; TOMUSCHAT, C. &

los Tratados de 1969 (CV 1969), es el primer instrumento jurídico en el que se alude a la existencia de las normas imperativas de derecho internacional general<sup>175</sup>, llamadas también normas de *ius cogens*; señalando el art. 53 que:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Empero esta doctrina relacionada con obligaciones internacionales de un rango superior que prevalecen sobre las normas legales nacionales, existía ya antes de la Segunda Guerra Mundial y de la Convención de Viena. La idea de la existencia de normas imperativas de derecho internacional recibió posteriormente el apoyo por parte de la doctrina de derecho internacional en el sentido de que la prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de *ius cogens*, de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso sobre todas las fuentes del derecho. Esta postura se ve perfectamente representada por McNAIR y FITZMAURICE<sup>176</sup>.

Así, McNAIR manifestó:

Existen, sin embargo, muchas reglas del derecho internacional consuetudinario que se encuentran en la más alta categoría y que no pueden ser anuladas o modificadas por los Estados contratantes; es más fácil ilustrar estas reglas que definirlas. Hay reglas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratado o tácitamente por la costumbre,

THOUVENIN, J.M., *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Nijhoff, 2006; KOLB, R., *Théorie du ius cogens international: Essai de relecture du concept*. Geneve: Graduate Institute Publications, 2001; CASADO RAIGÓN, R., *Notas Sobre El Ius Cogens Internacional*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1999; HANNIKAINEN, L., *Peremptory norms (ius cogens) in international law: historical development, criteria, present status*. Helsinki: Finnish Lawyers' Pub. Co., 1988; SUY, E., *The concept of ius cogens in public international law: Papers and Proceedings Conference on International Law*, Lagonissi (Greece): April 3-8, 1966, pp. 17-77.

<sup>175</sup> En el mismo sentido: QUISPE REMÓN, F., «Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo», ob. cit., p. 145.

<sup>176</sup> Citados por WHITEMAN, M., *Jus Cogens in International Law, with a Projected List*, 7, Ga. J. Int'l & Comp. L., 1977, pp. 610-611 y BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 218.

siendo necesarias para proteger los intereses públicos de la sociedad de los Estados o mantener los estándares de moralidad pública reconocidos por ellos<sup>177</sup>.

En el mismo sentido, FITZMAURICE:

Existen ciertas formas de acciones ilegales que nunca pueden ser justificadas o ir más allá de la gama de queja legítima por la ilegal acción previa de otro Estado, aún cuando pretenda ser una respuesta a dicha acción. Estos son actos que no son meramente ilegales, sino *malum in se*, como ciertas violaciones de derechos humanos, violación de las leyes de la guerra, y otras normas con carácter de *jus cogens* - es decir las obligaciones de carácter absoluto, cuyo cumplimiento no depende del correspondiente cumplimiento por parte de otros, pero es indispensable en todas las circunstancias, a menos que se halle bajo el poder literal de *vis maior*<sup>178</sup>.

Estas normas imperativas, se encuentran sujetas «a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos Estados»<sup>179</sup>. Para conocer cuáles son los crímenes que han alcanzado el estatus de *jus cogens*, BASSIOUNI propone tomar en cuenta tres consideraciones<sup>180</sup>:

- l) La primera tiene que ver con la evolución histórica del delito. Claramente, mientras existan más instrumentos legales que evidencien la condena y prohibición de un delito en particular, estará mejor fundada la tesis de que el crimen ha alcanzado el nivel de *jus cogens*.

<sup>177</sup> McNAIR, A., *The Law of Treaties, British Practice and Opinions*, New York: Columbia University Press, 1951, pp. 213-224. "There are, however, many rules of customary international law which stand in a highest category and which cannot be set aside or modified by contracting States; it is easier to illustrate these rules than to define them. There are rules which have been accepted whether expressly by treaty or tacitly by custom, as being necessary to protect the public interests of the society of States or to maintain the standards of public morality recognized by them." Traducción propia.

<sup>178</sup> FITZMAURICE, G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 92 Recueil des Cours de l'Académie de La Haye 1, 1957, p. 120. "There are certain forms of illegal action that can never be justified by or put beyond the range of legitimate complaint by the prior illegal action of another State, even when intended as a reply to such action. These are acts which are not merely illegal, but *malum in se*, such as certain violations of human rights, certain breach of the laws of war, and other rules in the nature of *jus cogens* - that is to say obligations of an absolute character, compliance with which is not dependent on corresponding compliance by others, but is requisite in all circumstances, unless under stress of literal *vis maior*" Traducción propia.

<sup>179</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. Sentencia del 24 de agosto de 2004. Voto del Señor ministro Dr. Don Juan Carlos Maqueda, párr. 33.

<sup>180</sup> BASSIOUNI, M. C., "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", vol. 59 *Law & Contemporary Problems*, 1996, p. 70.



- 2) La segunda consideración es el número de Estados que hayan incorporado la prohibición de estos actos en su legislación nacional.
- 3) La tercera, es el número de procesos nacionales e internacionales existentes para el delito determinado y como han sido descritos estos delitos en cada proceso.

Años más tarde, la AGONU examinó un informe de la CDI que contenía un proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y trasladó el proyecto a los distintos gobiernos en 2001. El Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, también hizo referencia en el capítulo III a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general, estableciendo el art. 40 que ese capítulo se aplicaría a:

la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general. [ - ] Este artículo hace referencia a la violación de obligaciones que emanan de normas imperativas, porque «si algo claro define a la norma de *ius cogens* es el estar relacionada con obligaciones que son esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional<sup>181</sup>»<sup>182</sup>.

Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia, que es el principal órgano judicial de la ONU y es la que resuelve controversias jurídicas entre Estados, en el caso Barcelona Traction que enfrentó a España y Bélgica, declaró específicamente que:

Una esencial distinción debe ser trazada entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen en relación con otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su misma naturaleza las

<sup>181</sup> CASADO RAIGÓN, R. y VÁSQUEZ GÓMEZ, E., «La impronta del *ius cogens* en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» en *Soberanía del Estado y derecho internacional, Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, ob. cit., 2005, p. 348. En igual sentido ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., «Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos» en *Anuario de Derecho Internacional*, 1995, pp. 5-21. Ambos citados en QUISPE REMÓN, F., «Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo», ob. cit., p. 153.

<sup>182</sup> QUISPE REMÓN, F., «Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo», ob. cit., p. 153.



primeras son de interés de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede ser sostenido que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*<sup>183</sup>.

La existencia de estas normas imperativas, busca proteger valores fundamentales de la comunidad internacional. Como afirma QUISPE REMÓN «es un derecho elemental por la naturaleza especial del objeto que protege, y por tanto se torna en una exigencia en el mundo. Esta situación hace que se ubique en la cúspide del orden jurídico internacional»<sup>184</sup>. Si bien no existe un catálogo cerrado que determine con exactitud cuáles son las normas de *ius cogens*, la doctrina intenta determinarlas a través de los instrumentos existentes y una serie de elementos, habiéndose basado la doctrina fundamentalmente en:

- (1) Los pronunciamientos internacionales o lo que se conoce como *opinio juris*, que reflejan el reconocimiento de que estos crímenes se consideran parte del derecho consuetudinario;
- (2) El lenguaje utilizado en los preámbulos u otras disposiciones de los tratados aplicables a estos crímenes, que señalan el más alto estatus de estos delitos en el Derecho Internacional;
- (3) El gran número de Estados que han ratificado los tratados relacionados con esos crímenes y
- (4) Las investigaciones internacionales *ad hoc* y el enjuiciamiento de los autores de estos crímenes<sup>185</sup>.

En consecuencia, podemos llegar a la conclusión de que una norma de *ius cogens* debe ser universal, pero no toda norma de Derecho internacional general es de *ius cogens*. Así, siguiendo a CARRILLO SALCEDO serán principios de Derecho internacional con carácter de *ius cogens* los que respondan al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su supervivencia y a las

<sup>183</sup> CIJ. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgement, 1970, párr. 33, "These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-a-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*." Traducción propia.

<sup>184</sup> QUISPE REMÓN, F., «Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo», ob. cit., p. 148.

<sup>185</sup> BASSIOUNI, M. C., *International Crimes*: ob. cit., p. 68.

necesidades morales de nuestro tiempo <sup>186</sup>. La CDI señala que es aceptado generalmente el carácter imperativo de ciertas normas <sup>187</sup>. Esto se aplica por ejemplo a la prohibición de la tortura tal como se define en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 16 de diciembre de 1984 <sup>188</sup>. El carácter imperativo de esta prohibición ha sido confirmado por las decisiones de órganos internacionales y nacionales <sup>189</sup>.

Como hemos visto anteriormente, la desaparición forzada puede constituir un crimen de lesa humanidad cuando se practica de forma generalizada y sistemática, en consecuencia su prohibición alcanzará automáticamente la condición de norma de *ius cogens*. Sin embargo, la problemática surge cuando la desaparición no constituye un crimen de lesa humanidad. Entonces cabe preguntarnos si su prohibición es una norma de *ius cogens*. Existen diversas teorías al respecto, las cuales analizaremos en el capítulo correspondiente a los sistemas regionales de protección de derechos humanos, ya que han sido los que han desarrollado mayoritariamente este punto.

#### 4. UNA VISIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DESDE LOS TRIBUNALES MILITARES INTERNACIONALES

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el mundo fue testigo de las atrocidades cometidas durante los conflictos dados en diversas partes del mundo, por lo que las potencias vencedoras establecieron tribunales militares internacionales para juzgar a los responsables, todo ello causó gran expectación en la comunidad internacional ya que parte de la opinión pública y los acusados alegaron la ilegitimidad de estos nuevos tribunales al ser establecidos posteriormente a los hechos y consecuentemente

<sup>186</sup> CARRILLO SALCEDO, J.: *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Madrid: 1976, p. 284.

<sup>187</sup> QUISPE REMÓN, F., «Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo», ob. cit., pp. 157-158.

<sup>188</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, *vid.* preámbulo: «Teniendo en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Teniendo en cuenta asimismo la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975».

<sup>189</sup> El Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia, en el caso A. Furundzija, N° IT-95-17/1, sentencia de 10 de diciembre de 1998, sostuvo que la prohibición de la tortura, tenía el carácter de una norma de *ius cogens*. Esto ocurría en razón de la importancia de los valores protegidos. Tal prohibición absoluta de la tortura impone a los Estados obligaciones *erga omnes*; la naturaleza del *ius cogens* de esta prohibición la torna en «uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional», incorporando «un valor absoluto del cual nadie debe desviarse». Cfr. voto razonado de juez Cançado Trindade en la Opinión Consultiva n.º 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 69.

no respetar el principio de no retroactividad y la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>190</sup>.

DONNEDIEU DE VABRES<sup>191</sup> rechazó estas alegaciones manifestando que el principio de no retroactividad «es un principio que se aplica únicamente en un sistema legal elaborado y codificado, que no es el caso del derecho internacional; e incluso en el derecho interno francés, por ejemplo, este principio no se aplica a los delitos políticos»<sup>192</sup>. Con respecto a la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, afirmó que «la regla requiere que el agente conozca la naturaleza criminal de los hechos imputados, lo cual no implica una definición rigurosa del delito ni la especificación de las penas aplicables. Los autores de la guerra de agresión han recibido suficientes advertencias para ser considerados penalmente responsables»<sup>193</sup>.

Ciertamente, la creación de los tribunales penales internacionales fue posterior a los hechos, sin embargo, en mi opinión se respetaron las garantías de los acusados ya que a pesar de la inexistencia de una codificación precisa, en el derecho internacional ya existían las reglas de la guerra y unos principios generales de derechos conocidos por las naciones civilizadas, lo cual obligaba a juzgar estos delitos debido a su extrema gravedad. Alegar que en ese momento no existía una ley penal escrita castigando aquellos delitos, se convierte en una denegación de justicia y supone una limitación excesiva.

Como afirmó Kelsen:

Además, en todos los casos en que se tiene en cuenta la regla contra las leyes *ex post facto* en el enjuiciamiento de los criminales de guerra, debemos tener en cuenta que

<sup>190</sup> Para más información acerca del principio de no retroactividad respecto a la creación del Tribunal de Núremberg, véase: PRATT, V. y VIÑUALES, J., « Retroactivité et non-retroactivité en Droit International: Essai de clarification conceptuelle a partir de l'expérience du Procès de Nuremberg » en *Annuaire Français de Droit International*, París, enero 2013.

<sup>191</sup> Juez titular del tribunal de Núremberg.

<sup>192</sup> DONNEDIEU DE VABRES, H., « Le proces de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », en *RCADI*, 1947-I, vol. 70, pp. 481 - 582, p. 481. Traducción propia: « ) [...] c'est un principe qui ne vaut que dans un systeme juridique élaboré et codifié, ce qui n'est pas le cas du droit international ; et meme dans le droit interne français, par exemple, ce principe ne vaut pas pour les crimes politiques. »

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 574. Traducción propia: « La regle exige la connaissance, par l'agent, du caractere délictueux des faits imputés. Mais elle n'implique ni une définition rigoureuse de l'infraction, ni l'énonciation précise des peines encourues. Les auteurs de la guerre d'agression ont reçu des avertissements suffisants pour etre redus pénalement responsables. »

esta regla debe respetarse como un principio de justicia y que, como se señala, este principio frecuentemente compite con otro, por lo que uno debe ser restringido por el otro. Es evidente que el principio que es menos importante tiene que ceder el paso al principio que es más importante. No cabe duda que según la opinión pública del mundo civilizado, es más importante llevar ante la justicia a los criminales de guerra que respetar, en sus juicios, la norma contra la ley *ex post facto*, que simplemente tiene un valor relativo y consecuentemente nunca fue reconocido sin restricciones<sup>194</sup>.

En este sentido, entiende el principio de no retroactividad como un principio procesal y formal, que no puede ser más importante que el respeto por las reglas elementales, lo cual implica un conflicto de principios. En consecuencia, se propone una especie de balanza para entender que la no retroactividad es inferior a los derechos que han sido violados, lo cual justificaría la creación de estos tribunales y sus prácticas, ya que los delitos vienen delimitados en los respectivos estatutos, lo que proporciona seguridad jurídica.

El principal tribunal a destacar es el de Núremberg y en segundo lugar el tribunal de Tokio para el Lejano Oriente, sin embargo debemos mencionar también los juicios llevados a cabo tras la rendición del Ejército imperial japonés en China, Singapur, Malasia, Filipinas, Indonesia, Taiwán y Hong Kong<sup>195</sup>.

#### **4.1 El Tribunal Militar Internacional de Núremberg**

Este tribunal<sup>196</sup> se constituyó para juzgar a los mayores responsables de las atrocidades cometidas por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial, se creó

<sup>194</sup> KELSEN, H., "The rule against ex post facto law and the prosecution of the Axis war criminals" en *The Judge Advocate Journal*, vol. II, n.º 3, 1945, p. 11. Traducción propia: "Besides, in all cases where the rule against *ex post facto* laws comes into consideration in the prosecution of war criminals, we must bear in mind that this rule is to be respected as a principle of justice and that, as pointed out, this principle is frequently in competition with another principle of justice, so that the one must be restricted by the other. It stands to reason that the principle which is less important has to give way to the principle which is more important. There can be little doubt that, according to the public opinion of the civilized world, it is more important to bring the war criminals to justice than to respect, in their trial, the rule against *ex post facto* law, which has merely a relative value and consequently, was never unrestrictedly recognized."

<sup>195</sup> Sobre este caso, véase: LINTON, S., *Hong Kong's War Crimes Trials*, Oxford University Press, 2013.

<sup>196</sup> Para más información véase: METTRAUX, G., *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, 2008; DINSTEIN, Y., "The International Military Tribunal at Nuremberg" en *Israel Yearbook on human rights*, vol. 37, 2007.

mediante un acuerdo entre las potencias vencedoras<sup>197</sup> y un anexo a dicho acuerdo por el que se estableció la Carta de Londres para la constitución del Tribunal Militar Internacional<sup>198</sup>. Desde su creación fue objeto de crítica debido a las cuestiones que rodeaban su legalidad y legitimidad<sup>199</sup>. El Tribunal estaba compuesto por cuatro jueces y sus respectivos suplentes<sup>200</sup>. Los delitos que entraban en la jurisdicción del Tribunal fueron establecidos por el art. 6 de la Carta de Londres<sup>201</sup>, los cuales fueron crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Como hemos mencionado en el capítulo anterior, encontramos la práctica de la desaparición forzada llevada a cabo por la Alemania nazi; en los juicios se constató que muchos de los prisioneros eran desaparecidos sin dejar rastro y que esta práctica era una orden directa emitida por Hitler, con la cual se pretendía intimidar a la población y dejar a los familiares de los desaparecidos con la incertidumbre de desconocer su paradero. Como consecuencia de estos hechos, el Tribunal consideró que se habían violado tratados internacionales, en particular el art. 46 del Reglamento de la Haya de 1907, de las leyes y costumbres de la guerra, los principios generales del derecho penal

<sup>197</sup> Agreement by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (1945) 13 U. S. Dept. of State Bull. 222; Trial of War Criminals (Dep. of State Publication 2420, Washington, 1945)

<sup>198</sup> Carta del Tribunal Militar Internacional, 82 U.N.T.S. 280, entró en vigor el 8 de agosto de 1945.

<sup>199</sup> Véase: GOODHART, A. L., *"The Legality of the Nuremberg Trials"* en METTRAUX, G., ob. cit., pp. 626-637.

<sup>200</sup> Sir Geoffrey Lawrence y Sir Norman Birkett (Titular y suplente Reino Unido)

Francis Biddle y John J. Parker (Titular y suplente Estados Unidos)

Henri Donnedieu de Vabres y Robert Falco (Titular y suplente Francia)

Iona Nikítchenko y Alexander Volchikov (Titular y suplente Unión Soviética)

<sup>201</sup> Charter of the International Military Tribunal. Art. 6 : "The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) CRIMES AGAINST PEACE: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

(b) WAR CRIMES: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan."

derivados de las leyes penales de todas las naciones civilizadas, las leyes penales internas de los países en que se cometieron esos delitos y el artículo 6 b) de la Carta de Londres.

Este sería el primer tribunal que juzgaría las desapariciones llevadas a cabo por parte de Alemania, tanto en su territorio como en los territorios ocupados, visibilizando así por primera vez la práctica de esta figura. Si bien, la desaparición no se incluyó como tal en la calificación de los delitos, fue contemplada dentro de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, siendo este hecho la base sobre la cual posteriormente se desarrollaría el concepto de desaparición forzada y su consecuente clasificación como posible crimen de lesa humanidad. Asimismo, el TMIN es considerado el máximo precedente de la Corte Penal Internacional<sup>202</sup>.

#### **4.2 El Tribunal Militar Internacional de Tokio para el Lejano Oriente**

El Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente fue el órgano jurisdiccional donde se desarrollaron los Juicios de Tokio para juzgar a los altos cargos japoneses una vez terminada la Segunda Guerra Mundial<sup>203</sup>. El 19 de enero de 1946, el comandante supremo de las fuerzas aliadas, el general McArthur declaró la creación del Tribunal con el propósito de enjuiciar a las personas acusadas individualmente, o como miembros de organizaciones, o en ambas capacidades, por delitos que incluían crímenes contra la paz. En esa misma fecha se estableció la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokio para el Lejano Oriente, el Tribunal conoció los crímenes contra la paz<sup>204</sup>, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En consecuencia, los acusados fueron juzgados respecto a los crímenes de guerra y contra la humanidad, este tribunal al igual que el TMIN declaró que se había violado el art. 46 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1907) relativo -entre otros- al honor y a los derechos de la familia ya que se declaró probado que numerosos habitantes de los territorios ocupados fueron

<sup>202</sup> DINSTEIN, Y., ob. cit., p. 1.

<sup>203</sup> Para más información vid. BOISTER, N. y CRYER, R., *The Tokyo International Military Tribunal, A reappraisal*, Oxford University Press, 2008.

<sup>204</sup> Artículo 1. «Se establecerá un Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente para el enjuiciamiento de aquellas personas acusadas individualmente, o como miembros de organizaciones, o en ambas funciones, de delitos que incluyen crímenes contra la paz». Traducción propia. Article 1. "There shall be established an International Military Tribunal for the Far East for the trial of those persons charged individually, or as members of organizations, or in both capacities, with offenses which include crimes against peace."



asesinados, torturados y sometidos a malos tratos, arrestados, reclusos sin ninguna justificación, enviados a campos de trabajo y su propiedad fue destruida o confiscada<sup>205</sup>. Si bien jamás se hizo referencia a posibles hechos de desaparición, este tribunal también supuso un gran antecedente al juzgar crímenes de guerra cometidos por los militares japoneses, por lo que se considera necesaria su mención.

## 5. EL APOORTE DE LOS TRIBUNALES *AD HOC*

Los tribunales *ad hoc* son tribunales establecidos por el CS de la ONU en el marco del capítulo VII<sup>206</sup> de la Carta de las Naciones Unidas. Ambos se crearon para el enjuiciamiento de los máximos responsables de las atrocidades cometidas en la antigua Yugoslavia y Ruanda<sup>207</sup>.

### 5.1 El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY)

La República Popular Federativa de Yugoslavia<sup>208</sup> estaba compuesta por seis Repúblicas socialistas: Eslovenia, Croacia, Bosnia y Herzegovina, Macedonia, Montenegro y Serbia. Tras el inicio de su desintegración en 1991 con las independencias de Eslovenia y Croacia, se inició una serie de conflictos. Esta guerra<sup>209</sup> fue especialmente dura en el territorio de Bosnia y Herzegovina, ya que se añadieron los componentes étnicos y religiosos, desencadenando una auténtica masacre.

<sup>205</sup> Judgment International Military Tribunal for the Far East Indictment. Section 12 "Large numbers of the inhabitants of such territories were murdered, tortured, raped and otherwise ill-treated, arrested and interned without justification, sent to forced labour, and their property destroyed or confiscated." Traducción propia.

<sup>206</sup> Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

<sup>207</sup> Para más información véase: METTRAUX, G., *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005; JONES, J. y POWLES, S., *International Criminal Practice*, 3rd edition, Oxford University Press, 2003.

<sup>208</sup> También denominada República Federativa Socialista de Yugoslavia o Yugoslavia.

<sup>209</sup> Para un estudio más detallado véase: FINLAN, A., *The Collapse of Yugoslavia 1991-1999*, Oxford: Osprey Publishing, 2014; HAYDEN, R., *From Yugoslavia to the western Balkans: studies of a European disunion, 1991-2011*, Leiden, The Netherlands: Brill, 2012; OTIÑANO VIÑES, J. y BERMEJO GARCÍA, R., *Los Conflictos De Los Balcanes*, Editorial Ministerio De Defensa, 2007; ROGEL, C., *The breakup of Yugoslavia and the war in Bosnia*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 2006; MORTON, J. et al., *Reflections on the Balkan Wars: Ten Years after the Breakup of Yugoslavia*, Palgrave Macmillan, 2004; BURG, S. & SHOUP, P., *The war in Bosnia-Herzegovina: ethnic conflict and international intervention*. London, England: Routledge, 2000; DANNER, M., *Ethnic Cleansing in Yugoslavia*, Nueva York: NY Books, 1999; ZIMMERMAN, W., *Origins of a Catastrophe: Yugoslavia and Its Destroyers*, Nueva York: Times Books-Random House, 1996; ANDERSON, D., *The collapse of Yugoslavia: background and summary*. Australia: Department of the Parliamentary Library, 1995 [En línea] Disponible en: <https://www.aph.gov.au/binaries/library/pubs/rp/1995-96/96rp14.pdf>; MIKASINOVICH, B., *Yugoslavia, crisis and disintegration*, Milwaukee, Wis.: Plyroma Pub. Co., 1994; GOW, J., *Legitimacy and the Military: the Yugoslav Crisis*, Pinter, 1992; GLENNY, M., *The Fall of Yugoslavia: the Third Balkan War*, Penguin, 1992.

Los hechos se vieron intensificados por la falta de cooperación internacional y la nefasta actuación de la ONU. El 22 de febrero de 1993, el CS de la ONU «expresó una vez mas su gran preocupación por los continuos informes de violaciones masivas de derecho internacional humanitario en el territorio de la antigua Yugoslavia, incluidos los informes de asesinatos en masa y la continuación de la práctica de "limpieza étnica"<sup>210</sup>»<sup>211</sup>.

En consecuencia, consideró la creación de un tribunal penal internacional para juzgar las graves violaciones de derecho internacional humanitario, en este sentido estableció el TPIY y adoptó el Estatuto del Tribunal el 25 de mayo de 1993<sup>212</sup>, para juzgar las violaciones cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991. El TPIY tendría jurisdicción sobre las violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949, los crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad. Si bien el TPIY no ha condenado a ninguna persona por el delito de desaparición forzada, esta figura aparece implícitamente en numerosos casos. En ese sentido, nos centraremos en dos casos para entender el tratamiento por parte del Tribunal.

#### **i. El caso Mrksić *et al*<sup>213</sup>**

Este caso trata los hechos ocurridos en el hospital de la ciudad croata de Vukovar, dicha ciudad fue asediada y tomada por fuerzas serbias el 18 de noviembre de 1991. Ese mismo día, representantes de la República de Croacia y del Ejército popular yugoslavo (JNA) habían concertado un acuerdo en Zagreb sobre la evacuación de los enfermos y heridos del hospital de Vukovar. El 20 de noviembre de 1991, mientras se llevaba a cabo una reunión del personal médico junto a oficiales de la JNA, soldados de la JNA ordenaron a las personas que se encontraban en el hospital que debían marcharse, estando ya en la salida, los hombres fueron separados de las mujeres y los niños. Estos

<sup>210</sup> Véase: PEGORIER, C., *Ethnic Cleansing: a Legal Qualification*, Hoboken: Taylor and Francis, 2013; SULJAGIĆ, E., *Ethnic Cleansing: Politics, Policy, Violence: Serb Ethnic Cleansing Campaign in former Yugoslavia*, Baden-Baden: Nomos, 2010; CIGAR, N., *Genocide in Bosnia: the policy of "ethnic cleansing"*, College Station, Texas A & M University Press, 1995.

<sup>211</sup> CS Resolución 808 (1993), UN Doc. S/RES/808 (22 February 1993) "*Expressing once again its grave alarm at continuing reports of widespread violations of international humanitarian law occurring within the territory of the former Yugoslavia, including reports of mass killings and the continuance of the practice of 'ethnic cleansing'*" (Traducción propia).

<sup>212</sup> CS Resolución 827 (1993).

<sup>213</sup> Mrksić, Radić and Sljivancanin, IT-95-13/1, Judgment, 27 september 2007. Appeals Chamber Judgment, 5 may 2009.



hombres fueron trasladados al cuartel de la JNA donde se encontraban soldados regulares de la JNA y paramilitares. Posteriormente fueron trasladados a un hangar y en la noche del 20 al 21 de noviembre de 1991, los prisioneros fueron llevados en grupos de 10 a 20 hasta el sitio donde aquella misma tarde se había excavado una gran fosa, donde fueron ejecutadas al menos 194 personas. Los cuerpos fueron enterrados en la fosa común y permanecieron hasta varios años más tarde sin ser descubiertos.

En su fallo, el TPIY declaró que las víctimas eran prisioneros de guerra y no civiles, por lo que estos hechos fueron considerados como crímenes de guerra y no de lesa humanidad. Si bien los cargos por los que fueron condenados los demandados fueron asesinato, tortura y tratos crueles, podemos afirmar que lo sucedido en el hospital de Vukovar constituyó una desaparición forzada de casi 200 personas, así lo declaró también el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su informe relativo a la misión a Croacia, en el cual hizo referencia a estos hechos:

En Vukovar por ejemplo, la mayoría de las desapariciones ocurrieron entre el 18 y el 20 de noviembre de 1991, cuando el territorio de Croacia estaba controlado por el ejército yugoslavo. Según la información recibida, las personas que desaparecieron de Vukovar fueron fusiladas y enterradas en una fosa común en Ovcara, a 6 km de Vukovar, una de las 18 fosas comunes de víctimas de Vukovar<sup>214</sup>.

Sin embargo, el Tribunal optó por el cargo de asesinato ya que la desaparición forzada se encontraba implícitamente recogida en el Estatuto del Tribunal dentro de los crímenes de lesa humanidad como otros actos

<sup>214</sup> Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. Mission to Croatia. 17/08/2015, p. 24. "In Vukovar, for example, most disappearances occurred between 18 and 20 November 1991, when the territory of Croatia was controlled by the Yugoslav Army. According to the information received, the persons who disappeared from Vukovar were shot and buried in a mass grave at Ovcara, 6 km far from Vukovar, one of the 18 mass graves of victims from Vukovar." Traducción propia.

inhumanos, el cual no habría sido aplicable ya que este artículo estaba previsto exclusivamente para la población civil<sup>215</sup>.

## ii. El caso Krnojejac<sup>216</sup>

En este asunto, -entre otros muchos casos-, se juzgó la desaparición de tres personas que se encontraban recluidas en una prisión en la ciudad de Foca, denominada KP Dom, la cual se había convertido desde el 14 de abril de 1992, en el principal centro de detención de varones musulmanes y varones no serbios. Se declaró probado que las personas habían sido asesinadas en la prisión, para ello se tuvo en cuenta el patrón de malos tratos a los que fueron sometidos los prisioneros durante los meses de junio y julio de 1992, llegando a la conclusión de que la única explicación para la desaparición de estas personas es que las mismas habían fallecido como consecuencia de los actos y omisiones en el KP Dom. A pesar de que jamás se encontraron los restos, el Tribunal consideró que se cumplían los tres requisitos del delito de asesinato, a saber:

- Que la víctima esté muerta.
- Que la muerte de la víctima haya sido causada por un acto u omisión del acusado, o por una persona o personas de cuyos actos u omisiones el acusado ostente responsabilidad.
- Que el acto o la omisión haya sido llevada a cabo por el acusado, o por una persona o personas de cuyos actos u omisiones sea responsable el acusado, con la intención de: (A) matar, o (B) infligir lesiones corporales graves, o (C) infligir lesiones graves, sabiendo razonablemente que tal acto u omisión probablemente cause la muerte<sup>217</sup>.

<sup>215</sup> Art. 5 del Estatuto del TPIY. "The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (i) other inhumane acts."

<sup>216</sup> TPIY. *Krnojejac*, IT-97-25, Judgment, 15 march 2002. Appeals Chamber Judgment, 17 september 2003.

<sup>217</sup> TPIY. *Krnojejac*, judgment, párr. 324. "The basic requirements for the crime of murder are:

1. The victim named in the indictment is dead.
2. The victim's death was caused by an act or omission of the accused, or of a person or persons for whose acts or omissions the accused bears criminal responsibility.

Para el cumplimiento del primer requisito, el Tribunal estableció que la prueba más allá de toda duda razonable de que una persona fue asesinada no requiere necesariamente que el cadáver de esa persona haya sido recuperado, ya que se debe atender a otros elementos tales como incidentes de malos tratos dirigidos hacia la víctima, patrones de malos tratos y desapariciones de otras personas en el KP Dom, el clima general de anarquía en la prisión donde se cometieron los actos, el tiempo transcurrido desde que desapareció la persona y el hecho de que no ha habido ningún contacto de esa persona con otras con quienes se hubiese esperado que se pusieran en contacto, como su familia<sup>218</sup>.

Más adelante, el TPIY comenzó a transferir algunos casos a las jurisdicciones nacionales, fortaleciendo de este modo los sistemas judiciales en los países de la antigua Yugoslavia. Asimismo, el Tribunal y la comunidad internacional contribuyeron al establecimiento de órganos especializados para Bosnia y Herzegovina, Serbia y Croacia.

3. That act was done, or that omission was made, by the accused, or a person or persons for whose acts or omissions he bears criminal responsibility, with an intention:  
(a) to kill, or  
(b) to inflict grievous bodily harm, or  
(c) to inflict serious injury, in the reasonable knowledge that such act or omission was likely to cause death". Traducción propia.

<sup>218</sup> TPIY. *Krnojelac*, *supra*, párr. 327. "to establish a circumstantial case as to the death of the victims in such circumstances includes such facts as: proof of incidents of mistreatment directed against the individual; patterns of mistreatment and disappearances of other individuals detained at the KP Dom; the general climate of lawlessness at the KP Dom where the acts were committed; the length of time which has elapsed since the person disappeared; and the fact that there has been no contact by that person with others whom he would have been expected to contact, such as his family." Este enfoque también es apoyado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos sistemas jurídicos nacionales. Para más información, véase el capítulo IV. En el mismo sentido, más sentencias del TPIY: *Delić*, Trial Judgment, 15 september 2008, párr. 47. "Proof of the death of the victim does not necessarily require recovery of the body. The death may be established by circumstantial evidence, provided it is the only reasonable inference that can be drawn from the evidence."; *Kvočka et al.*, Appeal Judgment, párr. 260; *Martić*, Trial Judgment, párr. 59; *Radoslav Brdanin*, Trial Judgment, 1 September 2004, párr. 383-385. "Relevant factors to be considered include, inter alia, proof of incidents of mistreatment directed against the victim, patterns of mistreatment and disappearances of other victims, the coincident or near-coincident time of death of other victims, the fact that the victims were present in an area where an armed attack was carried out, when, where and the circumstances in which the victim was last seen, behaviour of soldiers in the vicinity, as well as towards other civilians, at the relevant time, and lack of contact by the victim with others whom he/she would have been expected to contact, such as his/her family", cfr. *Martić*, Trial Judgment, párr. 59; *Halil Halilović*, Trial Judgment, párr. 37; *Krnojelac*, Trial Judgment, párr. 327.

Un hecho a resaltar en este contexto histórico, es la firma del Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia y Herzegovina, más conocido como los Acuerdos de Dayton, firmado el 14 de diciembre de 1995, que supuso el fin de la guerra y a través del cual se creó la *Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina*<sup>219</sup>. Este, si bien no es un tribunal *ad hoc*, es un tribunal especial de derechos humanos, establecido en marzo de 1996 por un tratado internacional, como parte de una institución nacional en conformidad con los Principios de París<sup>220</sup>. Estuvo formado por catorce jueces, tenía competencia sobre las violaciones de derechos humanos atribuibles a cualquiera de las tres partes: Bosnia y Herzegovina, la Federación de Bosnia y Herzegovina y la República Srpska y podía conocer las violaciones llevadas a cabo después del 14 de diciembre de 1995, por lo que muchos casos de desapariciones fueron declarados inadmisibles *ratione temporis*<sup>221</sup>. En cuanto a la normativa aplicable, seguía el Convenio Europeo de Derechos Humanos, asimismo podía conocer cualquier alegación de discriminación, en virtud del Anexo 6 al Acuerdo Marco General para la paz en Bosnia y Herzegovina. Este tribunal conoció numerosos casos de desapariciones forzadas<sup>222</sup>, por lo que es necesario hacer referencia a los mismos<sup>223</sup>.

#### **i. El caso Matanović<sup>224</sup>**

Este fue el primer caso conocido por el tribunal, en el que se trató la detención de un cura católico y sus padres por las autoridades y su posterior desaparición. Los hechos sucedieron antes del 14 de diciembre de 1995, es

<sup>219</sup> Véase: BLUMENSTOCK, T., "Legal Protection of the Missing and Their Relatives: The Example of Bosnia and Herzegovina." en *Zeiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 3, 2006, pp. 773-793; NOWAK, M., "Reparation by the Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina" pp. 245-288 en DE FEYTER *et al.*, *Out of the Ashes Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Intersentia, 2005; CITRONI, G. y SCOVAZZI, T., *The Struggle* – , ob. cit., pp. 224-244; NOWAK, M., "The Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina adopts its first judgments" en *Human Rights Law Journal*, vol. 18, n.º 5-8 (28 Nov. 1997), pp. 174-178.

<sup>220</sup> Sobre los Principios de París, véase: ONU Comisión de derechos humanos. Res. 1992/54 de 3 de marzo de 1992 y ONU AG Res. A/RES/48/134 de 20 de diciembre de 1993.

<sup>221</sup> Como por ejemplo: Case n.º CH/96/15 Ratko GRGIĆ against Republika Srpska; case n.º CH/97/74 Džemal BALIĆ against Republika Srpska; case n.º CH/98/522 Obrad CABAK against the Federation of Bosnia and Herzegovina; Case n.º CH/02/8833 *et al.* Semija BAJRIĆ *et al.* against the Republika Srpska.

<sup>222</sup> Para un estudio detallado de las desapariciones véase: *Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina: Digest of Decisions: 1996 - 2002 with an Introduction by Manfred Nowak*, Engel, 2003; FRECH, R., *Disappearances in Bosnia and Herzegovina*, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, Viena, 1998.

<sup>223</sup> Véase pp. 325-326 de esta tesis.

<sup>224</sup> CH/96/1. Josip, Bozana and Tomislav Matanović v. Republika Srpska. Decision on the merits of 11 July 1997.

decir antes de la entrada en vigor del acuerdo. El tribunal consideró que no podía aplicar el Acuerdo retroactivamente, sin embargo también manifestó que las víctimas seguían detenidas arbitrariamente, por lo que entraba dentro de su competencia conocer los hechos que se habían mantenido en el tiempo. Así, el tribunal aplicó correctamente la doctrina del delito continuado, sin embargo lo hizo únicamente respecto de la privación de libertad y no respecto a la desaparición forzada, la cual habría sido la correcta calificación<sup>225</sup>. De este modo, el tribunal declaró la violación del artículo 5 (derecho a la libertad y seguridad) en su doble vertiente, ya que el Estado no había ofrecido una explicación de la situación de los desaparecidos bajo su custodia y tampoco había llevado a cabo una investigación efectiva para esclarecer los hechos.

## ii. El caso Grgić<sup>226</sup>

Es el segundo caso que conoció el tribunal relativo a una desaparición, también de un cura católico. Los demandantes alegaron que la víctima había sido detenida en su domicilio en 1992 por fuerzas militares, posteriormente habría sido llevado a un sitio desconocido, estando desaparecido desde esa fecha. El tribunal aceptó su competencia acerca de los hechos posteriores al 14 de diciembre de 1995 y manifestó que no había información concreta o pruebas que demostrasen que la víctima había permanecido detenida después de su arresto en 1992. En consecuencia, declaró que no había quedado suficientemente probada la detención continuada de la víctima, por lo que consideró que no se había violado el Acuerdo. Esta decisión supuso un paso atrás ya que impuso la carga de la prueba a los demandantes, cuando la misma corresponde al Estado como garante y protector, asimismo, la persona fue vista por última vez en manos de grupos pertenecientes al gobierno, con lo

<sup>225</sup> En este sentido véase CH/96/1. Josip, Bozana and Tomislav Matanović v. Republika Srpska, *supra*, Concurring Opinion of Mr. Manfred Nowak, párr. 4. "There can be no doubt that the facts as established by the Chamber disclose that the applicants are victims of enforced disappearance in the sense of the UN Declaration. The very act of enforced disappearance is a particularly serious violation of human rights which clearly goes beyond mere arbitrary deprivation of personal liberty and security. According to Article 1 of the UN Declaration any act of enforced disappearance is an offence to human dignity and places the persons subjected thereto outside the protection of the law and inflicts severe suffering on them and their families. It constitutes a violation of the rules of international law guaranteeing, inter alia, the right to recognition as a person before the law, the right to liberty and security of the person and the right not to be subjected to torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. It also violates or constitutes a grave threat to the right to life."

<sup>226</sup> CH/96/15. Ratko Grgić v. Republika Srpska. Decision on the merits of 3 September 1997.

cual correspondía al Estado otorgar información acerca de dicha detención y posterior desaparición, al igual que en el caso Matanovié. Dos jueces emitieron opiniones disidentes<sup>227</sup>, recordando que el tribunal declaró la violación del Acuerdo en el caso Matanovié, asimismo, alegaron que la carga de la prueba debería haber sido trasladada también a la otra parte, ya que estaban obligados a aportar pruebas de la puesta en libertad de la víctima, lo cual no hicieron. Los jueces consideraron absurdo requerir lo mismo a las víctimas, cuando el Estado no había cumplido su obligación.

El TPIY también transfirió casos a las nuevas jurisdicciones internas, establecidas para apoyar su labor y seguir con el enjuiciamiento de los hechos cometidos durante el conflicto. Entre los más importantes está el *Tribunal de Bosnia y Herzegovina*. Este tribunal fue creado oficialmente el 9 de marzo de 2005, representa el esfuerzo más significativo en Bosnia y Herzegovina para investigar y enjuiciar a los presuntos implicados en violaciones graves de derecho internacional humanitario a nivel nacional. Tiene tres divisiones: penal, administrativa y de apelación. La División Penal se subdivide en tres secciones, para nuestro estudio nos centraremos en la sección 1, la «Sala de Crímenes de Guerra» conocida también como "war crimes chamber".

#### **i. El caso Rasevié, Mitar & Todovié, Savo**

Entre otros hechos, el Tribunal conoció de los casos de desapariciones forzadas llevadas a cabo en la cárcel de KP Dom, donde se estima que doscientos prisioneros fueron apartados del centro con el fin de realizar intercambios, sin embargo jamás se les volvió a ver, en algunos casos sus cadáveres fueron encontrados en fosas comunes en la zona de Foca años mas tarde. Asimismo, el Tribunal estableció que la detención y posterior desaparición de las personas, fue autorizada y conocida por los demandados, quienes ostentaban el cargo de comandante de guardia y guardián adjunto en el Centro de Detención de Foca respectivamente, los cuales conocían el destino de las personas que eran apartadas del centro. El Tribunal declaró que a pesar de que la desaparición forzada es un delito relativamente nuevo, es a la

<sup>227</sup> Dissenting opinions of Mr. Vlatko Markotić and Mr. Zelmira Juka.

vez un crimen de lesa humanidad, para ello hizo referencia al TMIN, recordando que el general KEITEL había sido condenado por crímenes de guerra cometidos contra la población civil. Si bien es cierto que esta decisión supone un gran avance en la aplicación del DIH con respecto a las desapariciones, el Tribunal también hizo abundante referencia al DIDDHH, citando los instrumentos internacionales y regionales más importantes<sup>228</sup>. Esta sería la primera vez que un tribunal juzgaría las desapariciones utilizando el concepto dado por la Corte Penal Internacional.

<sup>228</sup> Cfr. Tribunal de Bosnia y Herzegovina. MITAR RASEVIĆ y SAVO TODOVIĆ, veredict of 28 de febrero de 2008, p. 89. «El mariscal de campo Wilhelm Keitel fue declarado culpable de crímenes de guerra contra la población civil por su participación en estos hechos; sin embargo, los hechos no se describieron como desaparición forzada como tal. El concepto de desaparición forzada como concepto específico de derechos humanos y delincuencia se desarrolló en respuesta a las prácticas de los gobiernos latinoamericanos durante la 'guerra sucia' de los años 60, 70 y 80. En 1988, la Corte Interamericana comentó en el caso de Velásquez Rodríguez que '[l]a doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad', pero admitió que 'no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación'. La primera y más directa declaración internacional sobre el la desaparición forzada bajo el derecho penal internacional fue realizada por la Asamblea General de la OEA, que declaró en 1983 que la desaparición forzada 'es una afrenta a la conciencia de el hemisferio y constituye un crimen contra la humanidad'. Resolución 666 (XIII-0/83). De manera similar, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa declaró en 1984 que consideraba 'que el reconocimiento de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad es esencial para evitarlo y castigar a sus autores'. Resolución 828 (1984). La resolución también llamó 'a los gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa a apoyar la preparación y adopción por parte de las Naciones Unidas de una declaración que establezca los siguientes principios: [que] [la] desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad'. Finalmente, en 1992 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada ('Declaración de Desaparición Forzada'), que establece en el tercer párrafo del preámbulo que 'la desaparición forzada afecta los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad'. Traducción propia. "Field Marshal Wilhelm Keitel was convicted of war crimes against the civilian population for his participation in these acts; however, the acts were not described as enforced disappearance as such. Enforced disappearance as a specific human rights and criminal concept developed in response to the practices of Latin American governments during the "Dirty Wars" of the 1960s, 70s and 80s. In 1988, the Inter-American Court commented in Velasquez Rodriguez that "[i]nternational practice and doctrine have often categorized disappearances as a crime against humanity," but it admitted that "there is no treaty in force which is applicable to the States Parties to the Convention and which uses this terminology". The first and most forthright international declaration on the status of enforced disappearance under international criminal law was by the OAS General Assembly, which declared in 1983 that enforced disappearance "is an affront to the conscience of the hemisphere and constitutes a crime against humanity." Similarly, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe declared in 1984 that it considered "that the recognition of enforced disappearance as a crime against humanity is essential if it is to be prevented and its authors punished." The resolution further called "on the governments of the member states of the Council of Europe to support the preparation and adoption by the United Nations of a declaration setting forth the following principles [that] [e]nforced disappearance is a crime against humanity." Finally, in 1992 the UN General Assembly adopted the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance ("Enforced Disappearance Declaration"), which stated in the third preambular paragraph that "enforced disappearance undermines the deepest values of any society committed to respect for the rule of law, human rights and fundamental freedoms, and that the systematic practice of such acts is of the nature of a crime against humanity."



## ii. El caso Simsié, Boban

Boban Simsié trabajó como guardia en la escuela primaria Hasan Veletovac durante la segunda mitad de junio de 1992, la cual funcionaba como centro de detención de civiles musulmanes. Durante este tiempo, el acusado junto con otros miembros del ejército serbio, la policía y grupos paramilitares, participó -entre otros delitos- en la desaparición forzada de al menos ocho civiles. El Tribunal declaró que las desapariciones constituían crímenes de lesa humanidad.

El Tribunal no encontró motivos para admitir la postura de la defensa, la cual consideraba que las desapariciones forzadas y las violaciones no debían ser consideradas como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. En este sentido, el Tribunal observa que las acciones declaradas son indiscutiblemente delitos penales que en el momento de la guerra adquieren las características y el significado de los crímenes de guerra y cuando una determinada acción está prescrita como delito en el momento en el que fue cometida, si es cometida con un alto grado de crueldad, inhumanidad y conducta delictiva general que, además es parte de un plan y sistema en la comisión de delitos, los jueces tienen la discreción de calificar tal acción como un crimen contra la humanidad ya que se trata de un proceso dinámico que se ajusta a la época e indiscutiblemente a las nuevas formas de comisión del delito<sup>229</sup>.

En lo que respecta a las desapariciones forzadas, la sala de apelación concluyó que, de conformidad con la jurisprudencia del TPIY, la desaparición forzada se

<sup>229</sup> Tribunal de Bosnia y Herzegovina. Simsié, veredicto de apelación, p. 45 «El Tribunal no encontró fundamentos para la afirmación de la defensa de que las desapariciones forzadas y las violaciones no eran aceptadas como crímenes de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. A saber, el Tribunal observa que las acciones declaradas son indiscutiblemente ofensas criminales que en el momento de la guerra adquieren las características y el significado de crímenes de guerra, y cuando una determinada acción se prescribe como delito en el momento en que se dio, - si está cometido con un alto grado de crueldad, inhumanidad y conducta delictiva en general, que, además, es parte de un plan sistemático, los jueces tienen la discreción de calificar dicha acción como un crimen de lesa humanidad porque es un proceso dinámico que se ajusta al tiempo e indiscutiblemente a las nuevas formas de comisión del delito». Traducción propia. "The Court found no grounds for the Defense assertion that forcible disappearances and rapes were not accepted as crimes against humanity pursuant to the customary international law. To wit, the Court notes that the stated actions are indisputably criminal offenses which at the time of war acquire the characteristics and the meaning of war crimes, and when a certain action is prescribed as a crime at the time when it was taken, - if it is committed with a high degree of cruelty, inhumanity and general criminal conduct, which, in addition, is a part of a plan and system in the crime commission judges have a discretion to qualify such action as a crime against humanity too, because it is a dynamic process which adjusts to the time and indisputably new ways of crime commission."



enumera como un delito incluido en la categoría de «otros actos inhumanos»<sup>230</sup>. Teniendo en cuenta el principio *nullum crimen sine lege*, el Tribunal señaló que la categoría de «otros actos inhumanos» como categoría general de crímenes contra la humanidad, forma parte del derecho consuetudinario internacional, asimismo es parte de la normativa interna de Bosnia y Herzegovina, la cual recoge el delito de desaparición forzada de personas en el inciso i) del apartado 1 del artículo 172 del Código Penal, lo cual no impide que este acto sea a la vez una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>231</sup>.

El Tribunal de Bosnia y Herzegovina también conoció otros casos de desapariciones forzadas<sup>232</sup>. Por otra parte, en Serbia, se creó una Sala de Crímenes de Guerra del Tribunal de Distrito de Belgrado y la Oficina del Fiscal de Crímenes de Guerra y en Croacia, se formaron nuevas cámaras especializadas en casos de crímenes de guerra dentro de Zagreb, Osijek, Rijeka y Split.

<sup>230</sup> Si bien el Tribunal no señaló jurisprudencia concreta del TPIY, entre muchos de los casos que citaban este extremo se encuentra *Kvočka et al.* Trial Judgement, párr. 208. «La Sala sostuvo que 'la mutilación y otros tipos de lesiones corporales graves, palizas y otros actos de violencia, lesiones físicas y mentales graves, traslado forzoso, trato inhumano y degradante, prostitución forzada y desaparición forzada' figuraban en la jurisprudencia del Tribunal bajo esta categoría». Traducción propia. "The Chamber held that "mutilation and other types of severe bodily harm, beatings and other acts of violence, serious physical and mental injury, forcible transfer, inhumane and degrading treatment, forced prostitution and forced disappearance" were listed in the jurisprudence of the Tribunal as falling under this category".

<sup>231</sup> *Ibidem*, párr. 46 «Con respecto a las desapariciones forzadas, la Sala de apelación considera que de conformidad con la jurisprudencia del TPIY, la mutilación y otras formas de lesiones corporales graves, palizas y otros delitos violentos, lesiones físicas y mentales graves, desplazamiento forzoso, tratos inhumanos y humillantes, la prostitución forzada y la desaparición forzada de personas se enumeran en la jurisprudencia del TPIY como delitos que se incluyen en la categoría de 'otros delitos inhumanos'. Teniendo en cuenta el principio *nullum crimen sine lege*, la Sala de apelación observa la categoría de 'otros actos inhumanos, como categoría general de crímenes de lesa humanidad, forma parte del derecho consuetudinario internacional, mientras que el hecho de que el CC BiH destacó la desaparición forzada de personas y la definió por separado en el artículo 172 (1) inciso i), y "otros actos inhumanos" categorizados metodológicamente bajo el ítem k) del mismo artículo, no niega el estatus de norma de derecho internacional consuetudinario en ningún caso». Traducción propia. "With regard to enforced disappearances, the Appellate panel finds that, pursuant to the ICTY jurisprudence, mutilation and other forms of severe bodily injuries, beating up and other violent offenses, severe physical and mental injuries, enforced relocation, inhuman and humiliating treatment, enforced prostitution and enforced disappearance of persons are listed in the ICTY case law as the offenses falling under the category of "other inhumane offenses".

Bearing in mind the principle *nullum crimen sine lege*, the Appellate Panel notes that the category of "other inhuman acts, as a general category of crimes against humanity, constitutes a part of international customary law, while the fact that the CC BiH singled out the enforced disappearance of persons and defined it separately in Article 172 (1) item i), and "other inhumane acts" methodologically categorized under item k) of the same Article, does not deny this act the status of a norm of international customary law in any case."

<sup>232</sup> X-KRZ-05/51 - Dragan Damjanović; X-KR-07/341 - Nisvet Gasal et al.; S1 1 K 018951 15 KzK (X-KRZ-06/243) - Lazarević Sreten et al.; X-KRZ-06/202 - Lelek Zeljko; X-KRZ-07/330 - Mihaljević Zdravko.

## 5.2 El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

Ruanda estaba poblada por tres grupos étnicos: hutus (quienes eran la mayoría), tutsis y twa<sup>233</sup>. Existía un conflicto entre los hutus y los tutsi, ya que estos últimos ocupaban el más alto estrato social antes de la era colonial y posteriormente con la colonización por parte de Bélgica, se incrementaron las tensiones y comenzaron los conflictos étnicos<sup>234</sup>. Este conflicto llegó a su máxima expresión en 1994, cuando el 7 de abril comenzó el asesinato sistemático de políticos de la oposición y se iniciaron las masacres. La ONU calcula que un millón de personas fueron asesinadas y alrededor de 200.000 mujeres fueron violadas<sup>235</sup>.

El TPIR fue establecido el 8 de noviembre de 1994<sup>236</sup> «para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994». Este tribunal no conoció ningún caso de desaparición, sin embargo es mencionado por su importancia en el Derecho Internacional Penal y sus aportaciones en este ámbito. El Tribunal juzgó principalmente casos de genocidio y fue el primero en ofrecer una interpretación del concepto de genocidio, asimismo fue el primer tribunal en establecer el delito de violación como una forma de genocidio.

## 6. UNA VISIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DESDE EL NACIMIENTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte Penal Internacional<sup>237</sup> (CPI) es el resultado de los esfuerzos iniciados por el TMIN y del TMIT para una aplicación eficaz y real del Derecho Internacional

<sup>233</sup> Para más información véase: WALDORF, L., «Genocidio, justicia y reconciliación en Ruanda» en *Política exterior*, vol. 28, n.º 160, 2014, pp. 106-113; JESSEE, E., *Negotiating Genocide in Rwanda: the Politics of History*, 2017; MAMDANI, M., *When Victims Become Killers : Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*. Princeton University Press, 2001; Informe de Amnistía Internacional sobre la situación de Ruanda en el periodo de abril 1994 a diciembre 1994; SORDO MEDINA, J. «El genocidio de Ruanda» en *Revista Antropológica Homo Hominis Sacra Res: Derechos Humanos y Ecología*, 2006.

<sup>234</sup> Cfr. ACNUR. Historia de Ruanda: los hutus y los tutsis. Disponible en: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/eventos/genocidio-de-ruanda-la-historia-de-los-hutus-y-los-tutsis> (Visitado por última vez: 5 de enero de 2019).

<sup>235</sup> Ibidem.

<sup>236</sup> CS Resolución 955 (1994).

<sup>237</sup> Sobre la CPI véase: TRIFFTERER, O. y AMBOS, K., *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3rd ed., Beck/Hart, 2016; HERNÁEZ ESTEBAN, E., «La Corte Penal

penal, los cuales habían sido reforzados con la creación de los tribunales *ad hoc*. A raíz de los dos tribunales militares, la ONU empezó a valorar la creación de mecanismos permanentes e imparciales para el desarrollo de la justicia penal internacional, de este modo la AG creó en 1947 la CDI con el objetivo de codificar y desarrollar el derecho internacional<sup>238</sup>. Posteriormente, en 1950 se creó el primer borrador para la creación de un tribunal penal internacional, sin embargo este proceso se vio ralentizado debido a la escasa voluntad política en la comunidad internacional, entre otras razones debido a la Guerra Fría, por lo que no sería hasta 1994 cuando la CDI adoptó una propuesta de Estatuto. Después de numerosas reuniones y negociaciones, se celebró en Roma en 1998, la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, por la cual se estableció la CPI. La CPI tiene competencia, de conformidad con el ER, respecto de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión.

En la actualidad, la CPI es fuertemente criticada por diversas razones, entre ellas las limitaciones a las que se enfrenta y su ámbito de actuación, ya que gran parte de la opinión pública critica que solo sean países africanos los sometidos a procedimientos judiciales. Asimismo, la gran limitación a la que se enfrenta la Corte debido a su dependencia del CS de la ONU, ya que el CS por un lado tiene la potestad de remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido crímenes de la competencia

Internacional: Un reto contra la impunidad» en *Revista Electrónica Del Departamento De Derecho De La Universidad De La Rioja*, REDUR, n.º 14, 2016, pp. 191-217; NOVAK, A., *International Criminal Court. An Introduction*, Springer, 2015; SCHABAS, W., *The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press, 2010; DAVID, É., « La Cour Pénale Internationale » en *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 313, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 329-449; SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004; GÓMEZ COLOMER, J. L. et al., *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; MÉNDEZ SILVA, R., «La Corte Penal Internacional» en GARCÍA RAMÍREZ, S., VARGAS CASILLAS, L. (Coordinadores). *Proyectos legislativos y otros temas penales* (Segundas Jornadas sobre Justicia Penal), Serie Doctrina Jurídica n.º 129, México: Ed. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 275-292; CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *La Corte Penal Internacional*, Madrid: Dickinson, 2002; CARRILLO SALCEDO, J. y PETIT GABRIEL, E., *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000; AMBOS, K., «Sobre el Fundamento Jurídico de la Corte Penal Internacional - Un análisis del Estatuto de Roma» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2000, pp. 127-169; QUISPE REMÓN, F., Breve acercamiento a la Corte Penal Internacional. Coalición de ONG por la Corte Penal internacional, 2004. [En línea] Disponible en: <http://www.iccnw.org>, 2004.

<sup>238</sup> AG Resolución 174 (1947).

de la Corte<sup>239</sup> y por otro lado, el CS de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede solicitar a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, asimismo esta petición puede ser renovada por el CS y debe ser cumplido por la CPI<sup>240</sup>. Esta supone la mayor injerencia del CS, puesto que sus miembros pueden vetar las investigaciones en función de sus intereses, lo cual afecta directamente a la independencia y autonomía de la CPI. Este es por ejemplo el caso de Estados Unidos, país que pertenece al CS y que se ha opuesto rotundamente a la creación de una corte internacional que pueda juzgar a sus ciudadanos; lo cual entorpece la actividad de la Corte ya que en virtud del Estatuto tiene la potestad de decidir acerca de las investigaciones llevadas a cabo como miembro con derecho a veto del CS<sup>241</sup>, -a pesar de no haber ratificado el Estatuto- lo cual resulta paradójico. En el mismo sentido, la falta de un mecanismo de coerción internacional entorpece la actuación de la CPI, ya que depende de la voluntad política de los Estados, sean estos partes o no del Estatuto. Es el caso del actual presidente de Sudán, Omar AL BASHIR, el cual cuenta con dos órdenes de detención emitidas por la CPI en 2009 y 2010<sup>242</sup>, sin embargo sigue en el poder y no ha sido detenido a pesar de haber visitado diversos Estados en los últimos años.

Otro punto muy criticado por la comunidad internacional es la irretroactividad del ER, puesto que muchas personas consideran que de este modo no se lucha contra la impunidad y se da una protección mínima a las víctimas. Al tratarse de delitos de lesa humanidad, considera una parte de la doctrina que al ser los delitos imprescriptibles no debería limitarse la competencia a la ratificación de los Estados. En mi opinión,

<sup>239</sup> Ello en virtud del art. 13 del ER, «La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15».

<sup>240</sup> Art. 16 del ER, «En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones».

<sup>241</sup> Recordemos que son cinco los miembros permanentes del CS que tienen derecho a veto: Francia, Rusia, Estados Unidos, China y Reino Unido.

<sup>242</sup> Véase: QUISPE REMÓN, F., «La Corte Penal Internacional y Sudán: el mandato de detención para Omar Al Bashir» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 61, n.º 2, 2009, pp. 541-545.

este extremo olvida el derecho de los tratados y el funcionamiento del derecho internacional; por una parte ha quedado establecido que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, sin embargo las reglas establecidas en el ER obedecen a una función participativa de los Estados miembros, por la que se pretende ofrecer una seguridad jurídica a los mismos; lo cual no es óbice para que las violaciones más graves se puedan juzgar según el derecho consuetudinario y en otros tribunales, independientemente de que los Estados se hayan adherido o no a determinadas convenciones. Lo realmente necesario es una voluntad política para el enjuiciamiento y persecución de los delitos que afectan a la comunidad internacional en gran medida.

El artículo 7.1 apartado i) del ER recoge el delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático, contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Hemos de señalar que a pesar de que la CPI ha juzgado y condenado a individuos, hasta la actualidad no ha conocido ningún caso de desaparición forzada. El caso más destacable es el de Colombia, el cual se encuentra en fase de examen preliminar por las atrocidades cometidas durante el conflicto interno armado, entre ellas las desapariciones forzadas a través de la figura denominada «falsos positivos», consistentes en la desaparición y posterior asesinato de civiles, llevados a cabo por las fuerzas de seguridad y su posterior escenificación para parecer muertes de guerrilleros o criminales en combate<sup>243</sup>. La Fiscalía de la CPI ha identificado al menos cinco casos potenciales relacionados con falsos positivos, presuntamente cometidos por miembros de las fuerzas armadas colombianas, entre 2002 y 2010. La Fiscalía se encuentra analizando si los procesos nacionales están en curso y si las sentencias dictadas por los diferentes tribunales internos se están ejecutando, de este modo, constató que las autoridades colombianas han llevado a cabo un número significativo de investigaciones y enjuiciamientos contra miembros de rango medio y bajo del ejército. La información con la que dispone la Fiscalía indica que, hasta febrero de 2016, los tribunales colombianos han dictado 817 sentencias condenatorias contra 961 miembros de las fuerzas armadas, por casos de «falsos positivos».

<sup>243</sup> Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston, Addendum, Mission to Colombia, U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.2, 31 March 2010, p. 8, párr. 10.

Actualmente, en el contexto del análisis de admisibilidad en curso, la Fiscalía sigue en comunicación con las autoridades colombianas a efectos de solicitar detalles y aclaraciones adicionales respecto de todas las actuaciones investigativas concretas y progresivas, así como de las actividades de enjuiciamiento realizadas con respecto a los casos potenciales que ha identificado<sup>244</sup>.

## **7. OTROS TRIBUNALES CREADOS POR LA ONU Y POR ESTADOS**

Además de los tribunales vistos anteriormente, se crearon otros en distintos marcos, tanto en el seno de las Naciones Unidas como de distintas organizaciones internacionales, denominados híbridos.

### **7.1 El Tribunal Especial para Sierra Leona**

El Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>245</sup> se creó el 16 de enero de 2002 a través de un acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona, como resultado de una solicitud a las Naciones Unidas en el año 2000 por parte del presidente de Sierra Leona, el cual en una carta dirigida al presidente del CS de la ONU solicitaba su apoyo para establecer un tribunal especial para el procesamiento de los mayores responsables de los crímenes cometidos a partir del 30 de noviembre de 1996 en Sierra Leona. El Tribunal tuvo jurisdicción sobre las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, crímenes de lesa humanidad, otras graves violaciones de Derecho Internacional Humanitario y del derecho de Sierra Leona. El Tribunal ha juzgado a diversos líderes del Frente Revolucionario Unido (RUF), el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (AFRC) y las Fuerzas de Defensa Civil (CDF)<sup>246</sup> y al antiguo presidente de Liberia, Charles Taylor pero no ha conocido de desapariciones forzadas.

<sup>244</sup> ICC. Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016) Situación en Colombia, párr. 262.

<sup>245</sup> Para más información véase: JALLOH, C., "Special Court for Sierra Leone: Achieving Justice?" en *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, n.º 3, 2011, pp. 395-460; ALIA PLANA, M., «El Tribunal Especial para Sierra Leona» en *Revista española de derecho militar*, n.º 83, 2004, pp. 265-282; BLANC ALTEMIR, A. «El Tribunal Especial Para Sierra Leona: Un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario» en *Anuario Español De Derecho Internacional*, n.º 19, 2003, pp. 101-138; SCHABAS, W., "The Relationship Between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone" en *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n.º 4, 2003, pp. 1035-1066.

<sup>246</sup> Revolutionary United Front (RUF), the Armed Forces Revolutionary Council (AFRC), and the Civil Defence Forces (CDF).



## 7.2 Los Paneles Especiales para Timor Oriental

Los creación de los Paneles fue una consecuencia del control por parte de las Naciones Unidas del territorio de Timor Oriental, que tras 24 años bajo el control militar de Indonesia, en 1999 votó a favor de constituir un Estado independiente en un referéndum organizado por las Naciones Unidas. Indonesia se opuso a este resultado, lo que desencadenó un periodo de violencia marcado por asesinatos, violencia sexual, saqueos, destrucción de bienes y desplazamientos forzados. Posteriormente, en Octubre de 1999, el CS de la ONU ordenó el establecimiento de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental<sup>247</sup>, una misión de paz encargada de administrar el territorio de Timor Oriental durante su transición a un Estado independiente<sup>248</sup>. Debido a la inexistencia de instituciones capaces de impartir justicia, se crearon los Paneles para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos desde el 1 de enero de 1999 y el 25 de octubre de 1999. Tenían jurisdicción sobre el delito de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura, asesinato y delitos sexuales <sup>249</sup>, sin embargo no conocieron ningún caso de desaparición forzada.

## 7.3 Las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya

Tras una guerra civil que duró cinco años (1970-1975), el Partido Comunista de Kampuchea más conocido como jemereros rojos, « *khmer rouge* », subieron al poder el 17 de abril de 1975 de la mano del dictador Pol Pot, durante este periodo se inició una política de represión y exterminio de las personas consideradas enemigas al régimen<sup>250</sup>. Se llevó a cabo uno de los mayores genocidios de la historia, como

<sup>247</sup> UNTAET. United Nations Transitional Administration in East Timor.

<sup>248</sup> Véase: McAULIFFE, P., "UN Peace-Building, Transitional Justice and the Rule of Law in East Timor: The Limits of Institutional Responses to Political Questions" en *Netherlands International Law Review*, vol. 58, n.º 1, 2011, pp. 103-135; HARPER, E., "Studying Post-Conflict Rule of Law: the Creation of an 'Ordinary Crimes Model' by the United Nations Transitional Administration" en *The Australian Journal of Asian Law*, vol. 8, n.º 2, 2006, pp. 115-120; GOLDSTONE, A., "UNTAET with Hindsight: The Peculiarities of Politics in an Incomplete State" en *Global Governance*, vol. 10, n.º 1, 2004, pp. 83-98; GORJAO, P., "The Legacy and Lessons of the United Nations Transitional Administration in East Timor" en *Contemporary Southeast Asia*, vol. 24, n.º 2, 2002, pp. 313-336.

<sup>249</sup> UNTAET/REG/2000/15, 6 June 2000. Regulation No. 2000/15 On The Establishment Of Panels With Exclusive Jurisdiction Over Serious Criminal Offence

<sup>250</sup> A este efecto, véase: MEISENBERG, S. & STEGMILLER, I., *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Assessing Their Contribution to International Criminal Law*, vol. 6, La Haya: T.M.C. Asser Press, 2016; BROADHURST, R., "Lethal Violence, Crime and State Formation in Cambodia" en *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, vol. 35, n.º 1, 2002, pp. 1-26; KIERNAN, B., « *Le génocide au Cambodge, 1975-1979: race, idéologie et pouvoir* » París: Gallimard, 1998; MÁTÉ, G. & BÉKETANÁCS, O., *Génocide au Cambodge*, Budapest: Conseil Hongrois de la Paix, 1979.

consecuencia de la reestructuración planteada por el nuevo gobierno al mando, se calcula que el número de víctimas oscila entre 1.671.000 y 1.871.000 personas<sup>251</sup>.

Este régimen persistió hasta 1979 cuando se dio la invasión de Camboya por parte de Vietnam, la cual estaba apoyada por una parte de la población camboyana que no estaba de acuerdo con el régimen jemer. Como consecuencia de ello y tras años de negociación, el 23 de octubre de 1991, se firmaron los Acuerdos de Paz de París para poner fin al conflicto en Camboya. Estos acuerdos «no solo establecieron el proceso para poner fin al conflicto, sino también para la construcción de una Camboya justa y democrática, basada en los derechos humanos y el estado de derecho»<sup>252</sup>. A continuación, la ONU envió una misión a Camboya denominada UNTAC<sup>253</sup> por sus siglas en inglés, para supervisar el proceso de paz. En 1993 se dieron las primeras elecciones democráticas y tras su celebración, la ONU estableció una oficina de derechos humanos para la protección y promoción de los mismos. Asimismo, se designó un experto independiente para informar sobre la situación de derechos humanos en Camboya, el profesor Surya SUBEDI.

En el ámbito judicial, en 1997 el gobierno camboyano solicitó ayuda a la ONU para llevar a cabo el enjuiciamiento de los máximos responsables del genocidio camboyano, tras las correspondientes negociaciones se firmó un acuerdo entre el gobierno y la ONU el 6 de junio de 2003. Posteriormente, se crearon las Salas especiales en los Tribunales de Camboya<sup>254</sup>, este tribunal mas conocido como Tribunal de Camboya es un tribunal especial, creado en 2006, que recibe asistencia internacional de las Naciones Unidas<sup>255</sup>. Fue adoptado para juzgar a los altos dirigentes y responsables de las graves violaciones de Derecho nacional e internacional cometidas durante el gobierno de la denominada Kampuchea

<sup>251</sup> Cfr. KIERNAN, B., *The specter of genocide: Mass murder in historical perspective*. Nueva York: Cambridge University Press, 2003.

<sup>252</sup> Cfr. Cambodia - 20 years on from the Paris Peace Agreements. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Cambodia-20yearsonfromtheParisPeace.aspx> (Visto por última vez: 11 de febrero de 2019).

<sup>253</sup> The United Nations Transitional Authority in Cambodia.

<sup>254</sup> Cuyos nombres oficiales en inglés y francés respectivamente son: The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC); Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC).

<sup>255</sup> United Nations Assistance to the Khmer Rouge Trials (UNAKRT)



Democrática, también conocida como el régimen del *Khmer Rouge*<sup>256</sup>, para los delitos cometidos desde el 17 de abril de 1975 al 6 de enero de 1979.

El Tribunal tiene jurisdicción sobre los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones de los Convenios de Ginebra. El Tribunal actualmente conoce cuatro casos en los cuales se ha juzgado la figura de la desaparición forzada. Si bien es cierto que las condenas enmarcan esta figura dentro del trato inhumano padecido por las prisioneras y prisioneros, en ocasiones se juzga como asesinato por el previsible destino de las personas desaparecidas, lo cual en mi opinión no es del todo acertado ya que se desaprovecha la oportunidad de crear jurisprudencia para la desaparición forzada en concreto, empero es entendible debido a la numerosa cantidad de víctimas que desaparecieron en los campos de exterminio como en los centros de detención.

### **7.3.1 El caso 001<sup>257</sup>**

El acusado KAINING Guek Eav alias Duch, fue el director del principal centro de detención e interrogación en Phnom Penh, donde se cometieron diversos crímenes, entre ellos, la desaparición de numerosos prisioneros, los cuales eran reeducados e instruidos, siendo sometidos a un estricto control. El temor a ser transferido, asesinado o golpeado estaba siempre presente, las desapariciones durante la noche eran comunes, y las personas que eran apartadas nunca regresaban<sup>258</sup>. Estos hechos fueron juzgados como asesinatos y exterminio, para ello se acudió a la jurisprudencia establecida por el TPIY en el caso Krnolejac, alegando que:

La muerte de una víctima puede inferirse circunstancialmente de las siguientes pruebas: incidentes de malos tratos dirigidos hacia la víctima, patrones de malos tratos y desapariciones de otras personas, un clima general de anarquía en el lugar

<sup>256</sup> Para más información véase: ALIÉ, M., « Les chambres extraordinaires établies au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les hauts responsables Khmers Rouges » en *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles: Éditions Bruylant, 2005, pp. 583-621.

<sup>257</sup> Para un estudio detallado del caso 001, véase: CORRIAS, L., "Crimes Against Humanity, Dehumanization and Rehumanization: Reading the Case of Duch with Hannah Arendt" en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 29, n.º 2, 2016, pp. 351-370; PHAM, P. *et al.* "Victim Participation and the Trial of Duch at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia" en *Journal of Human Rights Practice*, vol. 3, n.º 3, 2011, pp. 264-287; RYNGAERT, C., "The Doctrine of Abuse of Process: A Comment on the Cambodia Tribunal's Decisions in the Case against Duch (2007)" en *Zeiden Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3, 2008, pp. 719-737.

<sup>258</sup> Closing order indicting Kaing Guek Eav alias Duch, párr.78.

donde presuntamente se cometieron los actos, el tiempo transcurrido desde la desaparición de la persona y el hecho de que no ha habido ningún contacto de esa persona con otras con quienes se hubiese esperado que se pusieran en contacto, como su familia<sup>259</sup>.

Por todo ello, el 26 de julio de 2010, la Sala de Primera Instancia condenó a DUCH por crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949, a 35 años de prisión en primera instancia<sup>260</sup>. La sentencia fue apelada por el acusado y los fiscales. La Sala del Tribunal Supremo, anuló la sentencia de primera instancia y el 3 de febrero de 2012, condenó a DUCH a cadena perpetua, ya que consideró que se había cometido un error al no otorgar la suficiente importancia a la gravedad de los delitos cometidos por el acusado, del mismo modo, consideró que tampoco se habían tenido en cuenta las circunstancias agravantes y que se había otorgado demasiado peso a las circunstancias atenuantes<sup>261</sup>. Por todo ello, DUCH fue declarado culpable en virtud de los artículos 5, 6 y 29 de la Ley para el establecimiento de las Salas especiales en los Tribunales de Camboya<sup>262</sup> por los crímenes contra la humanidad: persecución por motivos políticos, exterminio (que incluye asesinato), esclavitud, prisión, tortura y otros actos inhumanos. En cuanto al artículo 6 que recoge las graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949, fue condenado por: asesinato intencional, tortura y trato inhumano, por causar gran sufrimiento o lesiones graves al cuerpo o a la salud, por privar a prisioneros de guerra o civiles de sus derechos a un juicio justo e imparcial y por la detención ilegal de civiles<sup>263</sup>.

<sup>259</sup> Trial judgment párr. 332 traducción propia: "The fact of a victim's death can be inferred circumstantially, including from proof of the following: incidents of mistreatment directed against the victim, patterns of mistreatment and disappearances of other individuals, a general climate of lawlessness at the place where the acts were allegedly committed, the length of time that has elapsed since the person disappeared, and the fact that the victim has failed to contact other persons that he or she might have been expected to contact, such as family members."

<sup>260</sup> *KAING Guek Eav alias Duch, Judgement, 26 July 2010.*

<sup>261</sup> *KAING Guek Eav alias Duch, Appeal Judgement, 3 February 2012.*

<sup>262</sup> Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea. Disponible en: [https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR\\_Law\\_as\\_amended\\_27\\_Oct\\_2004\\_Eng.pdf](https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf) (Visto por última vez: 11 de febrero de 2019).

<sup>263</sup> Crimes against humanity: persecution on political grounds, extermination (encompassing murder), enslavement, imprisonment, torture and other inhumane acts. Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949: wilful killing, torture and inhumane treatment, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, wilfully depriving a prisoner of war or civilian of the rights of fair and regular trial and unlawful confinement of a civilian. (Traducción propia).

### 7.3.2 El caso 002<sup>264</sup>

Los dos acusados son NUON Chea, antiguo presidente de la Asamblea Nacional de la Kampuchea Democrática y subsecretario del Partido Comunista de Kampuchea; y KHIEU Samphan, antiguo Jefe de Estado de la Kampuchea Democrática. Ambos están acusados de haber cometido crímenes de lesa humanidad, violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y genocidio contra los musulmanes Cham y vietnamitas. La Sala de Primera Instancia celebró la audiencia inicial en junio de 2011, desde entonces el caso 002 se ha dividido en dos juicios. IENG Sary y su esposa IENG Thirith también fueron parte del caso 002, sin embargo el proceso contra el primero terminó el 14 de marzo de 2013 debido a su fallecimiento y su esposa fue acusada formalmente, pero posteriormente fue declarada incapaz para comparecer en juicio debido a su demencia y se separó del caso en 2011, hecho que fue confirmado en 2012 por un grupo de médicos, por lo que fue puesta en libertad en septiembre de 2012 y falleció en agosto de 2015.

- A. Caso 002/01; este caso comenzó en 2011 y versa sobre crímenes de lesa humanidad relativos al desplazamiento forzado de la población y la ejecución de miembros y soldados de la Khmer Republic en 1975, cuando los jemes rojos tomaron el poder. También versa sobre el rol que desempeñaron los acusados en relación con las políticas del régimen, lo cual es de suma importancia, ya que proporcionó una base para examinar las acusaciones pendientes. La audiencia de pruebas en el caso 002/01 terminó el 23 de julio de 2013 y las declaraciones finales concluyeron el 31 de octubre de 2013. La sentencia del juicio se pronunció el 7 de agosto de 2014<sup>265</sup>. NUON Chea y KHIEU Samphan fueron declarados culpables de crímenes de lesa humanidad y condenados a cadena perpetua. Esta decisión fue recurrida, por lo que el 23 de noviembre de 2016<sup>266</sup>, la Sala del Tribunal Supremo emitió su fallo de apelación revocando algunas de

<sup>264</sup> Para más información, véase: WILLIAMS, S., "The Severance of Case 002 at the ECCC" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, n.º 4, 2015, pp. 815-843; PARK, R., "Proving Genocidal Intent: International Precedent and ECCC Case 002" en *Rutgers Law Review*, vol. 63, n.º 1, 2010, pp. 129-191. Este último estudia la dificultad existente para declarar los hechos acaecidos como genocidio, ya que la mayor parte de las personas exterminadas también pertenecían a la etnia jemer, de hecho hasta este momento todos los casos se incluían en crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, el Tribunal reconocerá el genocidio contra la minoría musulmana Cham y vietnamita en el Caso 002/02.

<sup>265</sup> *Case 002/01*, Trial Judgement, 7 August 2014.

<sup>266</sup> *Case 002/01*, Appeal Judgement, 23 November 2016.

las condenas, confirmando el resto y confirmando las sentencias de cadena perpetua por crímenes de lesa humanidad.

El Tribunal consideró que la desaparición forzada de personas constituía un crimen de lesa humanidad, a pesar de que la defensa de los acusados sostenía que la desaparición forzada no podía incluirse en el epígrafe de «otros actos inhumanos», ya que según ellos, este delito no era parte del Derecho Internacional consuetudinario durante el periodo de 1975-1979. El Tribunal desestimó este extremo, ya que consideró que la desaparición forzada contaba con la gravedad suficiente para constituir «otro acto inhumano».

Para llegar a esa conclusión, hizo amplia referencia al TMIN, en concreto al decreto «*Nacht und Nebel*» de la Alemania nazi, manifestando que fue una política estatal explícita que utilizaba desapariciones forzadas para diseminar el terror en toda la población y reprimir la disidencia, la cual violaba el Artículo 46 del Reglamento de La Haya de 1907 y constituía un crimen de guerra, de este modo, Keitel fue condenado, entre otras cosas, por su papel en la implementación de este programa, alegando además que si bien no estaba claro que dicha conducta relativa a las desapariciones forzadas hubiese sido considerada como un crimen de lesa humanidad por el TMIN, se consideró claramente de extrema gravedad<sup>267</sup>.

Asimismo, el Tribunal hizo amplia referencia a los instrumentos internacionales que consideraban actualmente este delito como crimen de lesa humanidad, añadiendo también la jurisprudencia del TPIY que declaró que la desaparición forzada estaba incluida en la categoría de otros actos inhumanos.

---

<sup>267</sup> Case 002/01, Trial judgement, párr. 444. "Enforced disappearances have previously been found to amount to criminal conduct. In the Nuremberg Judgement, the administration of German territories in accordance with Nazi Germany's "Nacht und Nebel" (the Night and Fog) Decree, an explicit state policy which used enforced disappearances in order to spread terror throughout the population and suppress dissent, was found to violate Article 46 of the 1907 Hague Regulations and was thus found to constitute a war crime. Field Marshal Keitel was convicted, amongst other things, for his role in implementing this program. While it is unclear from the Nuremberg Judgment whether his conduct concerning enforced disappearances was also considered to amount to a crime against humanity, it was clearly considered to be of extreme gravity." Véase también: párr. 445-447.

El Tribunal se centró en la práctica de desapariciones en el contexto del desplazamiento de la población, caracterizado por la privación de libertad de las víctimas. Estas privaciones de libertad, fueron acompañadas por una negativa deliberada a proporcionar información precisa sobre el destino o paradero de las personas involucradas, llevadas a cabo por soldados y oficiales del Khmer Rouge, que proporcionaban información falsa o ninguna sobre su paradero. Por lo tanto, el Tribunal consideró que los oficiales y soldados del Khmer Rouge privaron a la gente de su libertad y se negaron a revelar información sobre el destino o paradero de algunas personas trasladadas desde el sur de Camboya a las distintas provincias, asimismo consideró que estas desapariciones forzadas se elevan al nivel de otros crímenes de lesa humanidad, ya que causaron gran sufrimiento tanto a los desaparecidos, como a los familiares y otras personas con vínculos especiales de afecto con los desplazados.

La Sala estableció que los soldados y funcionarios del Khmer Rouge, con control de todos los aspectos privaron intencionalmente a las personas de su libertad, se negaron intencionalmente a revelar información sobre su paradero y provocaron sufrimiento a los desaparecidos. Por lo tanto, la Sala consideró que los soldados y funcionarios del Khmer Rouge cometieron el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos a través de las desapariciones forzadas<sup>268</sup>.

<sup>268</sup> Cfr. *Case 002/01, supra*, párr. 640-643. "640. Movement of the population (phase two) was characterised by the deprivation of individuals' liberty by State agents. Khmer Rouge soldiers and officials ordered people to depart, transported them under armed guard and in closed vehicles, and chased and arrested those who attempted to escape. Further, Khmer Rouge soldiers and officials exercised control over all elements of the transfer. Khmer Rouge soldiers and officials determined how people would be moved, when they would relieve themselves, where and when they would rest, what food and water they would have, whether their families would remain together, and to what location they would be sent. 641. These deprivations of liberty were accompanied by a deliberate refusal to provide accurate information regarding the fate or whereabouts of the persons concerned, with Khmer Rouge soldiers and officials providing no or false information concerning their fate or destination. Some family members later presumed the fate of those displaced, such as when their clothes were re-distributed. Others heard rumours that people moved away had been killed. Still others had no clue or indication. It was only after the DK era that many family members and others with special bonds of affection to those displaced were able to confirm presumptions and rumours, or investigate the fate of those displaced. While the Chamber has not identified any evidence that people affirmatively sought information from the Party as to displaced persons, it is clear that the Khmer Rouge had created an environment in which people were afraid to question or to seek information from the Party. 642. The Chamber therefore finds that Khmer Rouge officials and soldiers deprived people of their liberty and refused to disclose information regarding the fate or whereabouts of some people transferred from

- B. Caso 002/02; este caso hace referencia al segundo procedimiento contra KHIEU Samphan y NUON Chea, por cargos adicionales, tales como genocidio, violación y matrimonio forzado, entre otros. La audiencia del caso se inició el 17 de octubre de 2014. La presentación de pruebas comenzó el 8 de enero de 2015 y concluyó el 11 de enero de 2017. Las declaraciones de cierre se realizaron del 13 al 23 de junio de 2017 y el 16 de noviembre de 2018 se dictó la sentencia por la que se condenó a NUON Chea por crímenes de lesa humanidad, incluyendo el delito de desaparición forzada, violación de los Convenios de Ginebra y genocidio contra vietnamitas y la minoría musulmana Cham<sup>269</sup>. Por otra parte, KHIEU Samphan, fue condenado por crímenes de lesa humanidad, incluyendo el delito de desaparición forzada, violación de los Convenios de Ginebra y genocidio contra vietnamitas<sup>270</sup>.

southern Cambodia to Battambang and Pursat Provinces (Northwest Zone), Kampong Thom (Central (old North) Zone) and Preah Vihear (Sector 103), as well as to Kratie (Sector 505), within Kampong Thom and Kampong Cham (Central (old North) Zone), from and within Svay Rieng and Prey Veng (East Zone) and within Battambang (Northwest Zone). 643. The Chamber is satisfied that these enforced disappearances rise to the level of other crimes against humanity as enumerated in the ECCC Law. They caused great suffering both to those who disappeared, as well as to family members and others with special bonds of affection to those displaced. The Chamber considers that Khmer Rouge soldiers and officials, with control over all aspects of the movements during phase two, intentionally deprived people of their liberty, intentionally refused to disclose information of their whereabouts and thereby intentionally caused great suffering to those who disappeared, as well as to those who remained behind. The Chamber therefore finds that Khmer Rouge soldiers and officials committed the crime against humanity of other inhumane acts through enforced disappearances."

<sup>269</sup> Cfr. *Case 002/02*, Summary of Judgement, 16 November 2018, párr. 71. "The Trial Chamber finds the Accused NUON Chea to be guilty of having committed within the territory of Cambodia between 17 April 1975 and 6 January 1979, through his acts and omissions as summarised above and detailed in the full written version of the Judgement, the following crimes: Pursuant to Articles 5, 29 (new) and 39 (new) of the ECCC Law, the crimes against humanity of murder, extermination, deportation, enslavement, imprisonment, torture, persecution on political, religious and racial grounds, and the other inhumane acts through attacks against human dignity and conduct characterised as enforced disappearances, forced transfer, forced marriage and rape in the context of forced marriage. Pursuant to Articles 6, 29 (new) and 39 (new) of the ECCC Law, grave breaches of the Geneva Conventions, namely wilful killing, torture, inhuman treatment, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, wilfully depriving a prisoner of war or civilian the rights of fair and regular trial and unlawful confinement of a civilian. Pursuant to Articles 4, 29 (new) and 39 (new) of the ECCC Law, genocide by killing members of the Vietnamese and Cham groups."

<sup>270</sup> Cfr. *Case 002/02*, *supra*, párr. 72. "The Trial Chamber finds the Accused KHIEU Samphan to be guilty of having committed within the territory of Cambodia between 17 April 1975 and 6 January 1979, through his acts and omissions as summarised above and detailed in the full written version of the Judgement, the following crimes: Pursuant to Articles 5, 29 (new) and 39 (new) of the ECCC Law, the crimes against humanity of murder, extermination, deportation, enslavement, imprisonment, torture, persecution on political, religious and racial grounds, and the other inhumane acts through attacks against human dignity and conduct characterised as enforced disappearances, forced transfer, forced marriage and rape in context of forced marriage. Pursuant to Articles 6, 29 (new) and 39 (new) of the ECCC Law, grave breaches of the Geneva Conventions, namely wilful killing, torture, inhuman

### **7.3.3 El caso 003**

MEAS Muth y SOU Met fueron nombrados inicialmente como sospechosos en el caso 003. La investigación judicial contra SOU Met se dio por terminada el 2 de junio de 2015 luego de su muerte. MEAS Muth, fue acusado *in absentia* en marzo de 2015. Se presentó voluntariamente ante el Juez de investigación internacional en diciembre de 2015, donde se le notificaron los cargos adicionales. El 10 de enero de 2017, el juez de investigación internacional concluyó la investigación judicial en el caso 003 contra MEAS Muth. El 14 de noviembre de 2017, los fiscales adjuntos presentaron sus conclusiones finales en el caso 003.

El acusado era uno de los principales dirigentes de la Kampuchea Democrática, fue acusado de genocidio, crímenes de lesa humanidad, a saber, asesinato; exterminio; esclavitud; prisión; tortura; persecución; otros actos inhumanos (trato inhumano, desapariciones forzadas, trabajos forzados, matrimonio forzado, violaciones y ataques a la dignidad humana debido a las condiciones de detención); y graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949. El 12 de abril de 2018, el acusado contestó a la petición final del fiscal. El caso aún se encuentra pendiente en el Tribunal.

### **7.3.4 El Caso 004**

El 9 de diciembre de 2015, el Juez de investigación internacional acusó a YIM Tith en el caso 004 con los cargos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949. A día de hoy, el caso 004 sigue teniendo como acusado a YIM Tith, después de la separación y la creación del caso 004/01 y 004/02.

El 5 de septiembre de 2017, la investigación en el Caso 004 se cerró por segunda vez, después de atender una serie de solicitudes adicionales de las partes. El 31 de mayo y el 4 de junio de 2018, los fiscales presentaron por separado sus conclusiones finales en el caso 004.

treatment, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, wilfully depriving a prisoner of war or civilian the rights of fair and regular trial and unlawful confinement of a civilian. Pursuant to Articles 4, 29 (new) and 39 (new) of the ECCC Law, genocide by killing members of the Vietnamese group."



- A. El Caso 004/1; el caso 004/1 gira en torno a la figura de IM Chaem, miembro de los jemereros rojos. El 22 de febrero de 2017, los jueces de investigación conjunta desestimaron el caso contra IM Chaem, ya que consideraron que no estaba sujeta a la jurisdicción personal del Tribunal, puesto que no era una líder importante ni era responsable del régimen. El 20 de julio de 2017, el fiscal presentó una apelación contra la orden de cierre. El 11 y 12 de diciembre de 2017, la Sala de Cuestiones Preliminares celebró audiencias en el Caso 004/1 para escuchar los argumentos de las partes antes de emitir su decisión. El 28 de junio de 2018, la Sala de Cuestiones Preliminares emitió sus Consideraciones sobre la apelación del fiscal contra la orden de cierre y a pesar de encontrar diversos defectos de procedimiento con respecto a la valoración de la prueba y dilaciones indebidas en la investigación judicial, consideró que el Tribunal no tenía competencia sobre ella<sup>271</sup>.
- B. El Caso 004/2; el caso hace referencia a AO An, quien fue acusado el 27 de marzo de 2015, el 16 de diciembre de 2016 concluyó la investigación judicial. El 16 de agosto de 2018, los jueces de investigación conjunta emitieron dos órdenes de cierre separadas en el caso, debido a un desacuerdo sobre si el acusado está sujeto a la jurisdicción personal del Tribunal como líder principal o como una de las personas responsables de delitos cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. Por una parte, el juez de investigación nacional consideró que el acusado no está bajo la jurisdicción del Tribunal y solicitó desestimar el caso. Por otra parte, el juez de investigación internacional consideró que el acusado si está sujeto a la jurisdicción personal del Tribunal, puesto que se trataría de una de las personas responsables, ya que existe suficiente evidencia que permitiría acusarlo por crímenes de lesa humanidad, genocidio respecto al grupo Cham y otros delitos en virtud de la legislación interna. Los jueces admitieron ambos escritos, manifestando que eran permisibles según la

<sup>271</sup> Los cinco jueces llegaron a diferentes conclusiones, tres de ellos concluyeron que el Tribunal no tenía competencia para juzgar a la acusada y dos de los jueces manifestaron que existían pruebas suficientes para considerar a la acusada máxima responsable de los hechos que se le imputaban.



ley aplicable ante el Tribunal y reconocieron las posibles consecuencias derivadas en este caso en virtud de la Regla interna 77 (13)<sup>272</sup>. Este caso también se encuentra pendiente.

<sup>272</sup> A decision of the Chamber requires the affirmative vote of at least 4 (four) judges. This decision is not subject to appeal. If the required majority is not attained, the default decision of the Chamber shall be as follows: a) As regards an appeal against or an application for annulment of an order or investigative action other than an indictment, that such order or investigative action shall stand. b) As regards appeals against indictments issued by the Co-Investigating Judges, that the Trial Chamber be seised on the basis of the Closing Order of the Co-Investigating Judges.



**SEGUNDA PARTE**

**LA DESAPARICIÓN FORZADA A TRAVÉS DEL DERECHO  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**



### CAPÍTULO III. LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas es el denominado Sistema universal puesto que no se centra en una sola región sino que abarca numerosos Estados<sup>273</sup>. Su creación oficial se dio a través de la Carta de la ONU, la cual entró en vigor el 24 de octubre de 1945, todo ello obedece a la situación en la que se encontraba sumida la comunidad internacional tras la Segunda Guerra Mundial<sup>274</sup>. Los Estados entendieron que era necesaria la creación de un organismo que velase por sus intereses, mantuviese la paz y protegiese los derechos humanos. De este modo, nació la ONU, cuyos órganos principales son la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, la Secretaría General, el Consejo de Administración Fiduciaria y la Corte Internacional de Justicia. En su seno, se crearon también numerosos instrumentos legales para la protección y promoción de los derechos humanos.

Desde la perspectiva de la normativa general, dos instrumentos resultan esenciales para nuestro estudio: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH o la Declaración) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o el Pacto). La denominación de «universal», procede de la DUDH, la cual indica que estos derechos son propios de todas las personas por igual, sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo<sup>275</sup>. Los trabajos formales de redacción de la DUDH comenzaron en abril de 1946 y la misma fue proclamada por la AGONU el 10 de diciembre de 1948, consta de 30 artículos y establece, por primera vez, los derechos fundamentales de las personas.

<sup>273</sup> En la actualidad, 193 Estados son miembros de las Naciones Unidas.

<sup>274</sup> Para más información al respecto, véase entre otros: WILLIAMS, M., "The United Nations: Past and Present" en *International Affairs*, vol. 89, n.º 5, 2013, pp. 1297-1301; CARDONA LLORENS, J., *La ONU y El mantenimiento de la paz en el Siglo XXI: Entre La Adaptación y La Reforma De La Carta*. Tirant Lo Blanch, 2008; SCHLESINGER, S., *Act of Creation: The Founding of the United Nations*, Boulder, CO: Westview Press, 2003; HOOPES, T. & BRINKLEY, D., *FDR and the Creation of the U.N.*, 1997; GOODRICH, L. M., HAMBRO, E. & SIMONS, A. P., *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 3rd ed., 1969.

<sup>275</sup> Cfr. BREGAGLIO, R., "Sistema Univeral de protección de derechos humanos" en *Protección Multinivel de Derechos Humanos*. Manual, Coordinadores: BANDEIRA GALINDO, G., URUEÑA, R. y TORRES PÉREZ, A., Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 92.

Ciertamente la Declaración supone una declaración de principios y derechos fundamentales de las personas, sin embargo, a pesar de tratarse de un texto general, es de suma importancia para la protección de los derechos humanos. Por otra parte, el Pacto en el cual ahondaremos más adelante, desarrolla los derechos civiles y políticos y las libertades recogidas en la Declaración.

En este capítulo haremos referencia únicamente a los tratados y órganos que conocen casos de desapariciones forzadas, como quiera que es el objetivo de este trabajo<sup>276</sup>. Para ello, se estudiarán los diversos órganos de la ONU y el modo en el que estos vienen estableciendo unas directrices a seguir en los casos de desaparición. El estudio resulta de suma importancia en orden a unificar criterios y establecer una línea universal a aplicar por los diversos ordenamientos jurídicos y órganos jurisdiccionales alrededor del mundo en cuanto a la persecución del delito.

## **1. LOS ÓRGANOS CONVENCIONALES DE NACIONES UNIDAS FRENTE A LA DESAPARICIÓN FORZADA**

Existen nueve órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, los cuales supervisan la aplicación de dichos tratados: el Comité de Derechos Humanos (CDH), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Comité contra la Tortura (CAT), el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT), el Comité de los Derechos del Niño (CRC), el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD) y el Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED).

En este punto nos centraremos únicamente en el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la tortura y el Comité contra la desaparición forzada.

<sup>276</sup> Para más información de los órganos y funcionamiento de las Naciones Unidas en cuanto a derechos humanos, véase: ALSTON, P., *The United Nations and Human Rights, A Critical Appraisal*, Oxford University Press, 1992; MCGOLDRICK, D., *The Human Rights Committee: Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991; COMMISSION TO STUDY THE ORGANIZATION OF PEACE, *The United Nations and Human Rights*, Oceana Publications Inc., 1968.

## **1.1 El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos**

El PIDCP o el Pacto, fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1967. En virtud del mismo se creó el Comité de Derechos Humanos, que es el órgano encargado de supervisar su cumplimiento. Actualmente son 172 Estados<sup>277</sup> parte del Pacto y 116<sup>278</sup> han ratificado el Protocolo Facultativo, por el que se pueden presentar comunicaciones individuales. A través de estas, se han presentado numerosos casos relativos a desapariciones forzadas, alegando la violación de determinados artículos, habiendo el Comité encontrado violaciones de distintos derechos, entre ellos el derecho a la vida (art. 6), el derecho a no ser sometido a torturas (art. 7), el derecho a la libertad y seguridad personal (art. 9), el derecho a un recurso efectivo (art. 2), el derecho a la protección judicial (art. 14), el derecho a la personalidad jurídica (art. 16), los derechos de las personas privadas de libertad (art.10), el derecho a la protección de la familia (art. 23) y los derechos de las niñas y niños (art. 24).

Si bien es cierto que el Pacto no es un instrumento específico para el tratamiento de la desaparición forzada, resulta fundamental que sea aplicado en consonancia con el concepto de desaparición forzada utilizado en los instrumentos internacionales, ya que su extendido uso responde a la necesidad de juzgar y dar a conocer las desapariciones en un momento donde no existían muchas más alternativas en el sistema universal. Recordemos que el Pacto entró en vigor en 1967, cuando la comunidad internacional aún no contaba con instrumentos específicos de protección y para el enjuiciamiento del delito de desaparición forzada, por lo que se enfrentó a diversas dificultades como veremos en el epígrafe siguiente.

### ***1.1.1 El Comité de Derechos Humanos***

Es el órgano encargado de supervisar el cumplimiento del PIDCP, fue establecido en virtud del artículo 28<sup>279</sup> del PIDCP. Tiene 18 miembros, que deben ser nacionales

<sup>277</sup> La lista completa de estados que son parte del Pacto se encuentra disponible en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en) (Visto por última vez: 12 de febrero de 2019).

<sup>278</sup> La lista de Estados que han ratificado el Protocolo Facultativo se encuentra disponible en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-5&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_en) (Visto por última vez: 12 de febrero de 2019).

<sup>279</sup> Artículo 28.1 «Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante. 2. El Comité estará compuesto de nacionales de los Estados Partes en el presente Pacto, que

de los Estados partes del Pacto. Los miembros al igual que otros órganos creados en virtud de tratados, también suelen denominarse expertos. Los miembros del Comité deben ser «personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos». El Comité tiene cuatro funciones de supervisión<sup>280</sup>:

- i. Recibe y examina los informes de los Estados partes sobre las actuaciones llevadas a cabo para hacer efectivos los derechos recogidos en el Pacto. (Art. 40,1-3)<sup>281</sup>.
- ii. Elabora los denominados comentarios generales, que están destinados a ayudar a los Estados partes a poner en práctica las disposiciones del Pacto, proporcionando mayores detalles sobre las obligaciones sustantivas y de procedimiento. (Art. 40, 4-5)<sup>282</sup>.
- iii. Recibe y examina las denuncias individuales, también conocidas como «comunicaciones», en virtud del Protocolo Facultativo, formuladas por personas que alegan violaciones de sus derechos recogidos en el Pacto por un Estado Parte<sup>283</sup>.

deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica. 3. Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal».

<sup>280</sup> Véase: PRADO VALLEJO, J., «La protección internacional de los derechos humanos y el Comité» en ANDO, N. (ed.). *Towards Implementing Universal Human Rights, Festschrift for the twenty-fifth anniversary of the Human Rights Committee*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, vol. 18, 2004, pp. 25-39.

<sup>281</sup> PIDCP Art. 40, 1-3 «1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados; b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida. 2. Todos los informes se presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, quien los transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del presente Pacto. 3. El Secretario General de las Naciones Unidas, después de celebrar consultas con el Comité, podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que caigan dentro de sus esferas de competencia».

<sup>282</sup> PIDCP Art. 40, 4-5 «4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto. 5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo».

<sup>283</sup> Protocolo Facultativo del PIDCP. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. Art. 1 «Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado



- iv. Tiene jurisdicción para examinar denuncias formuladas por un Estado parte que alegue que otro Estado parte no cumple con sus obligaciones contraídas en virtud del Pacto. (Art. 41)<sup>284</sup>.

Nos centraremos en el estudio de las comunicaciones, ya que a través de ellas se han conocido numerosos casos de desapariciones forzadas, recogiendo las que considero más relevantes, donde se han estudiado distintos aspectos del delito. Debemos mencionar también que los primeros casos de desapariciones que el Comité recibió provenían de países de América Latina.

Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo».

<sup>284</sup> PIDCP Art. 41.1. «Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas en virtud de este artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:

a) Si un Estado Parte en el presente Pacto considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones del presente Pacto, podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.

b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Partes interesados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados Partes interesados tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado.

c) El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.

d) El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.

e) A reserva de las disposiciones del inciso c, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidos en el presente Pacto.

f) En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b que faciliten cualquier información pertinente.

g) Los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente, o por escrito, o de ambas maneras.

h) El Comité, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recibido de la notificación mencionada en el inciso b), presentará un informe en el cual:

i) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada:

ii) Si no se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados. En cada asunto, se enviará el informe los Estados Partes interesados».

El primer caso fue *Bleier c. Uruguay, comunicación n.º 30/1978*, de 29 de marzo de 1982, el cual trata la detención de la víctima en octubre de 1975 y su posterior desaparición. El Comité consideró probado que la víctima había sido detenida y que había permanecido bajo el control estatal durante al menos unos meses, estos hechos fueron corroborados por los testimonios de otros detenidos que coincidieron con el Sr. Bleier. Asimismo, el Comité consideró que tenía competencia debido a que los hechos habían continuado incluso después de la fecha de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo para Uruguay, es decir el 23 de marzo de 1976. Del mismo modo, señaló que la carga de la prueba no podía recaer únicamente en el autor de la comunicación, ya que el autor y el Estado parte no siempre gozan del mismo acceso a los elementos probatorios y que muchas veces el Estado parte es el único que dispone de la información pertinente<sup>285</sup>. En consecuencia, declaró la violación de los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) y 10.1 (toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano) del Pacto.

El segundo caso de desaparición, *Quinteros c. Uruguay, comunicación n.º 107/1981*, de 21 de julio de 1983, fue el primer caso en el que se declaró la violación del artículo 7 del Pacto (prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) con respecto a la madre de la persona desaparecida, al considerar que la desaparición y el desconocimiento del paradero de su hija, le habían causado angustia y estrés, asimismo el Comité declaró que la madre tenía derecho a saber que había sucedido con su hija, estableciendo por primera vez el derecho a la verdad en casos de familiares de las personas desaparecidas. Declaró la violación de los artículos 7 (prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 9 (derecho a la libertad y a la seguridad personal) y 10.1 (toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano) del Pacto.

El Comité siguió conociendo casos de desapariciones<sup>286</sup> en la misma línea hasta el caso *S.E. y otros c. Argentina, comunicación n.º 275/1988*, de 26 de marzo de 1990 que fue declarada inadmisibile. Recordemos que la competencia *ratione temporis* del

<sup>285</sup> En el mismo sentido las comunicaciones n.º 1442/2005, *El Hassy c. la Jamahiriya Árabe Libia*, párr. 6.7, y n.º 1297/2004, *Medjnoune c. Argelia*, párr. 8.3.

<sup>286</sup> CDH. *Herrera Rubio c. Colombia*. Comunicación n.º 161/1983; *Arévalo Pérez c. Colombia*. Comunicación n.º 181/1984.

Comité se extiende desde la fecha en la que el Estado en cuestión ratifica el Pacto, sin embargo el Comité ha conocido desapariciones que habían sucedido antes de la entrada en vigor pero cuyos efectos se seguían dando<sup>287</sup>. En este caso, el Comité declaró que no tenía competencia *ratione temporis* para conocer de la desaparición de los tres hijos de la demandante, ya que los hechos habían sucedido antes de la ratificación del Pacto y del Protocolo por dicho Estado. El Comité señaló que el derecho a un recurso efectivo solo podía ser vulnerado junto con un derecho sustantivo, lo que significa que en los casos en que la muerte ocurrió fuera de la competencia temporal del Comité, no podría declararse violación alguna:

Con respecto a la aplicación *ratione temporis* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo para Argentina, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. El Comité observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede examinar las presuntas violaciones ocurridas antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado Parte interesado en virtud de la competencia *ratione temporis*. Le corresponde al Comité determinar si ha habido alguna violación del Pacto después de su entrada en vigor. La autora ha invocado el artículo 2 del Pacto y ha alegado una violación del derecho a un recurso efectivo. En este contexto, el Comité recuerda su jurisprudencia anterior por la que el artículo 2 del Pacto constituye una tarea general de los Estados y no puede invocarse aisladamente por personas en virtud del Protocolo Facultativo (M.G.B. y S.P. c. Trinidad y Tobago, comunicación núm. 268/1987, párrafo 6.2, declarada inadmisibile el 3 de noviembre de 1989).

Teniendo en cuenta que el artículo 2 solo puede ser invocado por personas en conjunción con otros artículos del Pacto, el Comité observa que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto estipula que cada Estado Parte se compromete «a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo [...]» Por lo tanto, según el artículo 2, el derecho a un recurso surge únicamente después de que se ha establecido una violación de un derecho del Pacto. Sin embargo, los acontecimientos que podrían haber constituido violaciones de varios artículos del Pacto y respecto de los cuales podrían haberse invocado recursos, ocurrieron antes de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo Facultativo para Argentina. Por lo tanto, la cuestión no

<sup>287</sup> Véase: CDH. Bleier c. Uruguay. Comunicación n.º 30/1978; Quinteros c. Uruguay. Comunicación n.º, 107/1981.

puede ser examinada por el Comité, ya que este aspecto de la comunicación es inadmisibile *ratione temporis*<sup>288</sup>.

Del mismo modo, se pronunció en el *caso R.A.V.N. y otros c. Argentina*<sup>289</sup> y en otros casos contra Chile<sup>290</sup>, en algunos de los cuales incluso hizo referencia a la naturaleza continuada del delito de desaparición forzada para llegar a la misma conclusión en todos: la falta de competencia temporal para conocer dichos casos.

El siguiente caso que el Comité conoció fue *El-Megreisi c. Libia, comunicación n.º 440/1990*, de 23 de marzo de 1994. Este caso trataba la detención ilegal de la víctima y su posterior puesta en régimen de incomunicación durante más de tres años en los cuales sus familiares no supieron en que situación ni donde se encontraba. El Comité consideró que se habían violado los artículos 7 (prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 9 (derecho a la libertad y a la seguridad personal) y 10.1 (toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano) del Pacto. Asimismo fue la primera vez que declaró que la detención prolongada en régimen de incomunicación en lugares secretos constituye una forma de tortura y de tratos crueles e inhumanos en virtud del artículo 7 y 10.1 del Pacto<sup>291</sup>. De modo

<sup>288</sup> CDH. S. E. y otros c. Argentina. Comunicación n.º 275/1988, párrs. 5.2-5.3. Traducción propia. "5.2 With regard to the application *ratione temporis* of the International Covenant on Civil and Political Rights and of the Optional Protocol for Argentina, the Committee recalls that both instruments entered into force on 8 November 1986. It observes that the Covenant cannot be applied retroactively and that the Committee is precluded *ratione temporis* from examining alleged violations that occurred prior to the entry into force of the Covenant for the State party concerned. 5.3 It remains for the Committee to determine whether there have been any violations of the Covenant subsequent to its entry into force. The author has invoked article 2 of the Covenant and claimed a violation of the right to a remedy. In this context the Committee recalls its prior jurisprudence that article 2 of the Covenant constitutes a general undertaking by States and cannot be invoked, in isolation, by individuals under the Optional Protocol (M. G. B. and S. P. v. Trinidad and Tobago, communication No. 268/1987, para. 6.2, declared inadmissible on 3 November 1989). Bearing in mind that article 2 can only be invoked by individuals in conjunction with other articles of the Covenant, the Committee observes that article 2, paragraph 3 (a), of the Covenant stipulates that each State party undertakes "to ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy..." Thus, under article 2 the right to a remedy arises only after a violation of a Covenant right has been established. However, the events which could have constituted violations of several articles of the Covenant and in respect of which remedies could have been invoked, occurred prior to the entry into force of the Covenant and of the Optional Protocol for Argentina. Therefore, the matter cannot be considered by the Committee, as this aspect of the communication is inadmissible *ratione temporis*."

<sup>289</sup> CDH. R. A. V. N. y otros c. la Argentina, comunicación n.º 343, 344 y 345/1988.

<sup>290</sup> CDH. Acuña Inostroza y otros c. Chile, comunicación n.º 717/1996, Vargas Vargas c. Chile, comunicación n.º 718/1996, Menanteau Aceituno c. Chile, comunicación n.º 746/1997, Yurich c. Chile, comunicación n.º 1078/2001 y Cifuentes Elgueta c. Chile, comunicación n.º 1536/2006.

<sup>291</sup> CDH. El-Megreisi c. Libia, comunicación n.º 440/1990, de 23 de marzo de 1994, párr. 5.4 « Le Comité considere donc que cette détention prolongée au secret en un endroit inconnu constitue une

similar, el Comité declaró en el siguiente caso *Rafael Mojica c. República Dominicana, comunicación n.º 449/1991*, de 15 de julio de 1994, que las desapariciones de personas van inseparablemente unidas a tratos que representan una violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>292</sup>.

El caso siguiente, *Mónaco de Gallicchio c. Argentina, comunicación n.º 400/1990*, de 3 de abril de 1995, trató la sustracción de una niña, cuyos padres fueron detenidos y desaparecidos. El Comité declaró que no podía dictar una decisión respecto al secuestro de la niña, la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por un tercero, ya que dichos hechos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor del Pacto para Argentina, sin embargo, declaró la violación de los artículos 17 (nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación), 23.1 (la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado), 24.1 (todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado) y 24.2 (todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre).

Los años siguientes, el Comité siguió conociendo de desapariciones forzadas en distintos países<sup>293</sup> y no fue hasta el año 2008 cuando aplicó por primera vez el artículo 16 del Pacto (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) a las

torture et un traitement cruel et inhumain et qu'il y a eu violation de l'article 7 et du paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte ».

<sup>292</sup> CDH. Rafael Mojica c. República Dominicana, comunicación n.º 449/1991, de 15 de julio de 1994, párr. 5.7 «Las circunstancias de la desaparición de Rafael Mojica incluídas las amenazas que se le hicieron, inducen a pensar muy justificadamente que fue torturado o sometido a tratos crueles e inhumanos. El Estado Parte no ha presentado al Comité información alguna que permita eliminar esa hipótesis. Consciente del carácter de las desapariciones forzadas o involuntarias, el Comité cree poder llegar a la conclusión de que las desapariciones de personas van inseparablemente unidas a tratos que representan una violación del artículo 7 del Pacto».

<sup>293</sup> CDH. Bautista de Arellana c. Colombia, comunicación n.º 562/1993; Laureano Atachahua c. Perú, comunicación n.º 540/1993; Tshishimbi c. Zaire, comunicación n.º 542/1993; Vicente *et al.* c. Colombia, comunicación n.º 612/1995; Coronel *et al.* c. Colombia, comunicación n.º 778/1997; Jegatheeswara Sarma c. Sri Lanka, comunicación n.º 950/2000; Bousroual c. Argelia, comunicación n.º 992/2001; Boucherf c. Argelia, comunicación n.º 1196/2003.

desapariciones forzadas<sup>294</sup>. En consecuencia, el Comité viene declarando respecto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica:

La sustracción intencional de una persona al amparo de la ley por un período prolongado puede constituir denegación del reconocimiento de una persona ante la ley si la víctima estaba en poder de las autoridades del Estado cuando se la vio por última vez y si, al mismo tiempo, los esfuerzos de sus allegados por acceder a recursos potencialmente efectivos, en particular ante los tribunales (artículo 2, párrafo 3 del Pacto) fueron obstaculizados sistemáticamente<sup>295</sup>.

El Comité explicó que en tales casos «las víctimas quedan, en la práctica, privadas de su capacidad de ejercer sus derechos garantizados por la ley, en particular todos los demás derechos garantizados por el Pacto, y de acceder a cualquier recurso posible como consecuencia directa del comportamiento del Estado»<sup>296</sup>. Únicamente en estas circunstancias se podrá declarar la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Otro caso a resaltar es *Aboufaied c. Libia, comunicación n.º 1782/2008*, de 21 de marzo de 2012, en la cual se trataron las detenciones en secreto de dos hermanos, si bien el Comité calificó los hechos como desapariciones forzadas, no examinó las alegaciones de violación del artículo 6 (derecho a la vida) manifestando que los hermanos fueron puestos en libertad con vida. Este extremo fue criticado por algunos miembros del Comité, los cuales manifestaron su desacuerdo en votos particulares<sup>297</sup>.

<sup>294</sup> CDH. Zohra Madaoui c. Argelia, comunicación n.º 1495/2006, de 28 de octubre de 2008, párr. 7.7 «[ - ] El Comité observa que la privación intencional de una persona del amparo de la ley por un período prolongado puede constituir una denegación de reconocimiento de una persona ante la ley, si la víctima estaba en poder de las autoridades del Estado cuando fue vista por última vez y si al mismo tiempo se frustran sistemáticamente los esfuerzos de sus allegados por acceder a recursos potencialmente efectivos, en particular ante los tribunales (párrafo 3 del artículo 2 del Pacto). En tales situaciones, las personas desaparecidas quedan, en la práctica, privadas de su capacidad de ejercer sus derechos garantizados por la ley, en particular todos los demás derechos garantizados por el Pacto, y de acceder a cualquier recurso posible como consecuencia directa del comportamiento del Estado, que debe interpretarse como una denegación de reconocimiento de la personalidad jurídica de tales víctimas».

<sup>295</sup> Véase entre otros: CDH. Aboussedra c. la Jamahiriya Árabe Libia, comunicación n.º 1751/2008, de 25 de octubre de 2010, párr. 7.9; Loudi c. Argelia, comunicación n.º 2117/2011, de 30 de octubre de 2014, párr. 7.9; Arab Millis c. Argelia, comunicación n.º 2398/2014, de 6 de abril de 2018, párr. 7.10.

<sup>296</sup> CDH. Grioua c. Argelia, comunicación n.º 1327/2004, de 10 de julio de 1997, párr. 7.8, y Kimouche c. Argelia, comunicación n.º 1328/2004, de 10 de julio de 1997, párr. 7.8.; Al Khazmi c. Libia, comunicación n.º 1832/2008, de 18 de julio de 2013, párr. 8.7

<sup>297</sup> *Vid.* Voto particular del miembro del Comité Sra. Christine Chanet, conjuntamente con el miembro del Comité Sr. Cornelis Flinterman (coincidentes), «el simple hecho de la detención en régimen de incomunicación que aísla a la persona afectada de la comunidad humana cortando los contactos entre



El Comité cambió así su enfoque a la protección del artículo 6, ya que únicamente tomó en cuenta que las víctimas se encontraban con vida, pero no tuvo en cuenta el deber de garantía que tiene el Estado de proteger dicho derecho, el cual debería haber sido declarado violado por la forma de la detención secreta y lo que ella supone para la vida de las víctimas, ya que las coloca en una situación de peligro.

Otro miembro del Comité, manifestó su disconformidad con el enfoque que se dio a las detenciones secretas, alegando que no todas las detenciones secretas debían considerarse necesariamente una desaparición forzada, añadiendo que «debemos ir con precaución cuando se trate de considerar detenciones secretas por plazos relativamente breves -aunque sean arbitrarias y se haya practicado la tortura- como desapariciones forzadas auténticas»<sup>298</sup>. De este modo, incluía un elemento temporal al hacer referencia a detenciones por plazos breves<sup>299</sup>, lo cual a mi parecer y con sumo respeto es totalmente erróneo. En ningún instrumento del sistema universal, ni en los sistemas regionales se hace referencia a un elemento temporal o a la duración de la detención, como bien señaló el señor SALVIOLI en su voto parcialmente disidente, «la dimensión temporal, en el sentido de requerir un tiempo mínimo de detención, no tiene cabida en la configuración de la desaparición forzada de personas»<sup>300</sup>. Esto, únicamente desintegraría el delito y dificultaría su persecución y castigo.

El CDH a día de hoy sigue recibiendo comunicaciones y conociendo casos de desapariciones forzadas, si bien a mi parecer no resulta el órgano mas idóneo para conocer estos hechos ya que hoy en día existen órganos especializados en la desaparición forzada. Asimismo, al no ser un órgano específico para la persecución

ellos, aunque sea temporalmente, entraña un riesgo para la vida del cual el Estado es responsable» y Voto particular del miembro del Comité Sr. Fabián Omar Salvioli (parcialmente disidente), «Restringir el deber de garantía de los derechos a la existencia de un recurso judicial efectivo, como se desprende del razonamiento de la mayoría del Comité en el presente asunto, diluye las responsabilidades y obligaciones que le cabe cumplir de buena fe a todo Estado parte en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a efectos de garantizar -en este caso concreto- el derecho a la vida. Por ello, en mi entendimiento el Comité debió concluir en su dictamen, que se violó el artículo 6.1 en perjuicio de los hermanos Idriss Aboufaied y Juma Aboufaied». Todos ellos coincidieron en que se debía haber declarado la violación del artículo 6 a pesar de que las víctimas fueron encontradas con vida, ya que no se cumplió con el deber de garantía de protección del derecho a la vida.

<sup>298</sup> Voto particular del miembro del Comité Sir Nigel Rodley (coincidente).

<sup>299</sup> Sobre el elemento temporal, véase: CITRONI, G., "When is enough? Enforced Disappearance and the 'Temporal Element'" en *Droits fondamentaux*, n.º 9, janvier 2011-décembre 2012, pp.1-28.

<sup>300</sup> CDH. Aboufaied c. Libia, comunicación n.º 1782/2008, de 21 de marzo de 2012, voto particular del miembro del Comité Sr. Fabián Omar Salvioli (parcialmente disidente), párr. 14 y Khaled Il Khwildy c. Libia, comunicación n.º 1804/2008, de 1 de noviembre de 2012, opinión concurrente del Sr. Fabián Salvioli, párr. 2.

del delito, aplica los artículos del Pacto de manera individual y a pesar de calificar los hechos como desapariciones, no protege adecuadamente a las víctimas, habiendo rechazado numerosas aplicaciones por falta de competencia temporal, al exigir que la violación procesal del delito esté íntimamente ligada a la fecha de comisión de la violación sustantiva, lo cual no se alinea con la buena práctica para juzgar casos de desapariciones forzadas. Resulta fundamental respetar los tratados y las fechas desde las cuales se pueden y deben exigir responsabilidades a los Estados, sin embargo en mi opinión, no se puede dejar de conocer violaciones que siguen ocurriendo, como la falta de investigación de una desaparición, por el simple hecho de que la desaparición haya ocurrido antes de la fecha de ratificación del tratado. Según el Derecho Internacional, toda vez que un Estado adopta compromisos internacionales, le corresponde respetar y cumplir lo establecido, en este sentido, si existe una falta de investigación, deberá llevar a cabo la misma como quiera que ha adquirido ese nuevo deber. El problema al que nos enfrentamos es el escaso compromiso internacional y la falta de alcance de los órganos especializados ya que numerosos Estados no han ratificado los instrumentos legales, por ello se sigue acudiendo al Comité ya que recordemos que engloba a 170 Estados que son parte del Pacto y 116 que han ratificado el Protocolo Facultativo.

## **1.2 La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes fue adoptada el 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987. Actualmente 165 Estados la han ratificado y 83 son signatarios<sup>301</sup>. El artículo 1 define la tortura como:

Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el

<sup>301</sup> La lista completa de Estados se encuentra disponible en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-9&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en) (Visto por última vez: 12 de febrero de 2019).



ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.

En el caso particular de las desapariciones forzadas, resulta importante señalar el contenido del artículo 3 de la Convención, el cual prohíbe «[...] la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». Las comunicaciones relacionadas con desapariciones, han accedido al Comité principalmente por la aplicación del artículo 3 junto al artículo 1.

### ***1.2.1 El Comité contra la Tortura***

El Comité contra la tortura es un órgano compuesto por 10 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El Comité fue establecido por el artículo 17 de la Convención<sup>302</sup> y en virtud del artículo 22<sup>303</sup> puede recibir y examinar comunicaciones individuales, también llamadas quejas, si el Estado Parte en cuestión ha declarado que reconoce esta competencia del Comité. Del mismo modo, el Comité emite informes de los Estados partes de la Convención, tras el examen de cada informe, los relatores para los países redactan una propuesta de observaciones finales, que posteriormente se examina y adopta en una sesión plenaria cerrada del Comité. Las observaciones finales siguen un formato estándar que consiste en una breve introducción, seguida por una sección que señala aspectos positivos y otra con los temas de interés y recomendaciones relacionadas.

<sup>302</sup> Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, art. 17.1 «Se constituirá un Comité contra la Tortura (denominado en lo que sigue el Comité), el cual desempeñará las funciones que se señalan más adelante. El Comité estará compuesto de diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, que ejercerán sus funciones a título personal. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa y la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica».

<sup>303</sup> *Ibidem*, art. 22.1 «Todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento, de conformidad con el presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración».

El Comité también identifica ciertas cuestiones que deben seguirse y puede solicitar al Estado parte que proporcione información adicional con respecto a estas cuestiones en el plazo de un año. Las comunicaciones individuales y los informes suponen los instrumentos más relevantes respecto a las desapariciones forzadas, ya que han conocido casos y situaciones de desapariciones en los Estados partes, a pesar de ello el Comité no ha conocido muchos casos de desapariciones ya que la prohibición de la tortura es únicamente un eslabón en la larga lista de derechos que son violados cuando se comete una desaparición forzada. Por lo que los casos más representativos se basan sobre todo en la prohibición de expulsión de personas a ciertos Estados en los que es previsible su desaparición.

En el caso *H. K c. Australia, comunicación n.º 701/2015*, de 10 de mayo de 2017, el Comité declaró que la devolución al país de origen del autor de la comunicación, lo expondría a un peligro real, presente y personal de ser sometido a tortura, lo que contravendría el artículo 3 de la Convención. Para llegar a esa conclusión, el Comité se basó en distintos elementos de prueba, como informes sobre el país, según los cuales las autoridades pakistaníes, y en especial sus aparatos de inteligencia, presuntamente sitúan en el punto de mira de sus operaciones de desaparición forzada a personas de etnia baluchi sospechosas de formar parte del movimiento nacionalista baluchi. Asimismo, en los informes sobre el país se señala que la mayoría de las víctimas parecían haber estado en el punto de mira por su presunta participación en partidos y movimientos nacionalistas baluchi, así como en organizaciones de estudiantes baluchi. Además, al parecer, en varios casos se ha actuado contra personas en razón de su afiliación tribal, especialmente cuando una determinada tribu, como los bugti o los mengal, participaba en enfrentamientos con las fuerzas armadas del Pakistán. Se señala asimismo que sigue sin conocerse el número exacto de desapariciones forzadas atribuidas a las fuerzas de seguridad del Pakistán en la provincia, pero que los nacionalistas baluchi denuncian miles de casos, mientras que las autoridades provinciales de Baluchistán han hablado en varias ocasiones de alrededor de 1.000 casos de desapariciones forzadas<sup>304</sup>.

Otro caso es *Guerrero Zárez c. Venezuela, comunicación n.º 456/2011*, de 15 de mayo de 2015 en el que se declaró que la desaparición forzada del señor Guerrero

<sup>304</sup> CAT. H. K c. Australia, comunicación n.º 701/2015, de 10 de mayo de 2017, párr. 7.7

Lárez mientras se encontraba cumpliendo condena en un centro penitenciario, constituye un acto de tortura en el sentido del artículo 1 de la Convención. El Comité declaró la violación del artículo 2, párrafo 1<sup>305</sup>, y los artículos 11<sup>306</sup>, 12<sup>307</sup> y 14<sup>308</sup> de la Convención, leídos individual y conjuntamente con el artículo 1, con relación al Sr. Guerrero Lárez; y del artículo 16<sup>309</sup>, con relación a los autores.

En *Kalinichenko c. Marruecos, comunicación n.º 428/2010*, de 25 de noviembre de 2011, se declaró que la extradición del autor de la comunicación colocaba al mismo en una situación de peligro, para ello se basó en las Observaciones Finales con respecto a Rusia y en las circunstancias específicas del caso, ya que tres socios muy próximos al autor resultaron muertos o desaparecidos, dos de ellos mientras se encontraban detenidos por las autoridades de la Federación Rusa, después de haber denunciado un complot criminal a las autoridades. El Comité también observó que el propio autor recibió amenazas de muerte de grupos de delincuentes organizados, por lo que decidió abandonar el país. En consecuencia, el Comité consideró que el autor había demostrado suficientemente que su vida corría un riesgo previsible, real y personal de tortura a su regreso a Rusia, por lo que declaró la violación del artículo 3 de la Convención.

<sup>305</sup> Artículo 2.1 «Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción».

<sup>306</sup> Artículo 11 «Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura».

<sup>307</sup> Artículo 12 «Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial».

<sup>308</sup> Artículo 14 «Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales».

<sup>309</sup> Artículo 16 «Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión».

### 1.3 La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

La Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>310</sup> fue adoptada el 20 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. Nació como un documento de medidas complementarias a la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992 (en adelante la Declaración), que se ubica fuera de este epígrafe al no tratarse de una convención. A diferencia de esta, se trata de un documento vinculante.

Este documento complementario fue redactado por el señor JOINET en 1995, al cual se le solicitó la redacción de un proyecto preliminar denominado «Convención Internacional sobre la Prevención y la Sanción de las desapariciones forzadas». JOINET se juntó con representantes de Estados, la sociedad civil y de diversas organizaciones internacionales y en 1998 se trasladó el proyecto de Convención a la Comisión de Derechos Humanos, tras largas reuniones con expertos independientes y representantes de organizaciones, se aprobaron todas las disposiciones del proyecto de Convención. El texto consta de 45 artículos, divididos en tres partes. La primera parte recoge las disposiciones sustantivas, la segunda parte hace referencia al Comité contra la desaparición forzada, refiriéndose a su funcionamiento, creación, conformación y

<sup>310</sup> Para más información véase: VERMEULEN, M.L., *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Utrecht University Repository, 2012; GALELLA, P., «La Convención Internacional Para La Protección De Todas Las Personas Contra Las Desapariciones Forzadas: Un gran paso hacia una mayor protección en la lucha contra este fenómeno» en *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, n.º 21, 2010, pp. 77-100; STEVENS, P. "The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance - a Welcoming Response to a Worldwide Phenomenon with Limited Relief" en *Tydskrif Vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal Of Contemporary Roman-Dutch Law)*, vol. 73, n.º 3, 2010, pp. 368-383; DECAUX, E. et DE FROUVILLE, O. (éd.). *La Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*. Actes de la journée d'études du 11 mai 2007 organisée par le Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Bruxelles: Bruylant, 2009; MC CRORY, S., "The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance" en *Human Rights Law Review*, vol. 7, issue 3, 2007, pp. 545-566; FROUVILLE, O., «La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux Juridiques d'une négociation exemplaire. Première partie: les dispositions substantielles» en *Droits Fondamentaux*, n.º 6, janvier 2006 - décembre 2006; ANDREU-GUZMAN, F., "The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance" en *The Review of the ICJ - Impunity, crimes against humanity and forced disappearance*, n.º 62-63, Geneva: September 2001, pp. 1-22; TAYLER, W., «Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención Internacional Para La Protección De Todas Las Personas Contra Las Desapariciones Forzadas» en *Revista Comisión Internacional De Juristas*, n.º 62-63, Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, julio 2001, pp. 65-74.

recepción de comunicaciones; la tercera parte está dedicada a la entrada en vigor de la Convención, número mínimo de ratificaciones, firmas y enmiendas a presentar por los Estados. A fecha de hoy, son 98 Estados signatarios y 59 la han ratificado<sup>311</sup>, lo cual supone una escasa aceptación entre los Estados a pesar de tratarse del tratado más importante en la lucha contra la desaparición forzada, ya que se trata de un instrumento universal y específico. Entre las principales razones manifestadas por los Estados que se oponen a la ratificación de la Convención, están la fatiga relacionada con la obligación de presentar informes, los problemas relativos a los recursos humanos y financieros y la regionalización de la Convención.

El Comité contra la Desaparición Forzada es el encargado de supervisar su cumplimiento en virtud del artículo 26<sup>312</sup>. La Convención en su artículo 1 estableció la prohibición total de la práctica de las desapariciones forzadas y en el artículo 2 definió el concepto de desaparición, estableciendo así claramente los elementos del delito:

A los efectos de esta Convención, se entenderá por «desaparición forzada» el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

La Convención, al igual que la Declaración, establece que «la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las

<sup>311</sup> La lista completa de Estados se encuentra disponible en:

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg\\_no=IV-16&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-16&chapter=4&clang=_en) (Última visita: 12 de febrero de 2019). Los Estados que han ratificado la Convención son: Albania, Argentina, Armenia, Austria, Bélgica, Belice, Benín, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Camboya, República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Checa, Ecuador, Francia, Gabón, Gambia, Alemania, Grecia, Honduras, Iraq, Italia, Japón, Kazajistán, Lesoto, Lituania, Malawi, Mali, Malta, Mauritania, México, Mongolia, Montenegro, Marruecos, Holanda, Níger, Nigeria, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Samoa, Senegal, Serbia, Seychelles, Eslovaquia, España, Sri Lanka, Suiza, Togo, Túnez, Ucrania, Uruguay y Zambia.

<sup>312</sup> Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, art. 26.1 «Para la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, se constituirá un Comité contra la Desaparición Forzada integrado por diez expertos de gran integridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, independientes, que ejercerán sus funciones a título personal y actuarán con total imparcialidad. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa. Se tendrá en cuenta el interés que representa la participación en los trabajos del Comité de personas que tengan experiencia jurídica pertinente y de una representación equilibrada de los géneros».

consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable»<sup>313</sup>. La Convención supone un gran avance porque además de delimitar el concepto a través de un tratado, es vinculante y sirve como instrumento de prevención, ya que en su primera parte establece las líneas generales del tratamiento del delito, relativo a prescripción e introducción en el ordenamiento interno de cada Estado parte. Los aspectos a destacar de manera especial son:

- La obligación que se impone a los Estados de tipificar el delito de desaparición forzada en su legislación penal interna; este punto recogido en el artículo 4 busca evitar uno de los grandes problemas a los que nos enfrentamos, ya que en ocasiones se acude a figuras como el secuestro y la detención ilegal para conocer de hechos que son en realidad una desaparición forzada.
- La naturaleza de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad siempre que su práctica sea generalizada o sistemática, en virtud del artículo 5.
- La autoría del delito recogida en el artículo 6, que manifiesta que la responsabilidad penal<sup>314</sup> se extiende a «toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma». Esta responsabilidad también se extiende al superior que:
  - i) Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente;
  - ii) Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación;
  - iii) No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para

<sup>313</sup> Art. 5 de la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<sup>314</sup> Sobre la responsabilidad penal individual y la Convención, véase: ANDERSON, K., "How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to be in holding individuals criminally responsible for acts of Enforced Disappearance?" en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, n.º 2, 2006, pp. 245-277.

poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento." De este modo, amplía la responsabilidad a los superiores que no hubiesen hecho nada para evitar la comisión del delito y desarrolla más en profundidad los casos que pudiesen darse<sup>315</sup>.

- Las penas, las cuales según el artículo 7 deberán ser apropiadas como consecuencia de la extrema gravedad del delito. Asimismo, ofrece a los Estados la capacidad de legislar respecto a las circunstancias agravantes y atenuantes en cada caso; estableciendo unos parámetros a seguir, en este sentido se señala que las agravantes se deberán aplicar en caso de fallecimiento de la persona desaparecida o para las personas culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidades y demás personas especialmente vulnerables.
- La prescripción es posible según el artículo 8, sin embargo los Estados deben tener en cuenta la extrema gravedad del delito a la hora de establecer los plazos de prescripción, los cuales deben ser prolongados y proporcionales a dicha gravedad. Del mismo modo, se señala que la prescripción debe contar a partir del momento en el que cesa la desaparición forzada ya que se trata de un delito continuado. En último lugar, se establece que todo ello no se aplicará cuando la desaparición cumpla con los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, ya que en este caso el delito será imprescriptible.
- En cuanto a la jurisdicción, el artículo 9 establece la obligación de cada Estado de delimitar su jurisdicción en distintos casos:
  - a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
  - b ) Cuando el presunto autor del delito sea nacional de ese Estado;

<sup>315</sup> Estos tres casos se recogen en el art. 6.1 b) de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.



c ) Cuando la persona desaparecida sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado<sup>316</sup>.

Asimismo, «[...] en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido»<sup>317</sup>.

- El derecho a un recurso efectivo y expedito en casos de desaparición viene recogido por el artículo 12, el cual también exige llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial de los hechos aunque no se haya presentado una denuncia formal. Asimismo, impone al Estado el deber de «[...] garantizar que las personas de las que se supone que han cometido un delito de desaparición forzada no estén en condiciones de influir en el curso de las investigaciones, ejerciendo presiones y actos de intimidación o de represalia sobre el denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como sobre quienes participan en la investigación»<sup>318</sup>.
- El delito de desaparición forzada no podrá ser considerado delito político ni delito inspirado en motivos políticos, este punto obedece a la necesidad de facilitar la extradición de los responsables, todo ello en virtud del artículo 13.
- Se prohíbe la «[...]expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a un Estado cuando existan razones suficientes para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada»<sup>319</sup>, todo ello

<sup>316</sup> Estos tres casos se recogen en el art. 9.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en adelante la Convención.

<sup>317</sup> Art. 9.2 de la Convención.

<sup>318</sup> Art. 12.4 de la Convención.

<sup>319</sup> Art. 16. 1 de la Convención. Sobre las entregas extraordinarias y las detenciones en secreto, véase: KYRIAKOU, N., "The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions to International Human Rights Law, With Specific Reference to Extraordinary Rendition" en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, n.º 1, 2012, pp. 424-461; GIORGOU, E., *Enforced Disappearance: at the Crossroads of State and Individual Criminal Responsibility in International Law*, Université de Geneve, 2015; DEJESÚS, K., BOSCO, F. & HUMAYDAN, I., "Enforced Disappearance: Spaces, Selves, Societies, Suffering" en *ACME: An International E-Journal for Critical Geographies*, vol. 13, n.º 1, 2014, pp. 73-79.



de acuerdo al artículo 16 en consonancia con el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

- Se prohíbe por primera vez la detención en secreto. La inclusión de esta prohibición recogida en el artículo 17.1 es sumamente importante pues responde a la extendida práctica de detenciones en secreto llevadas a cabo en muchos lugares como parte de la lucha antiterrorista.
- Las garantías de las personas privadas de libertad son ampliadas<sup>320</sup>, y se exige a los Estados una mayor protección, por lo que deberán legislar acerca de los siguientes puntos:
  - a) El establecimiento de las condiciones bajo las cuales pueden impartirse las órdenes de privación de libertad;
  - b) Las autoridades facultadas para ordenar privaciones de libertad;
  - c) Las personas privadas de libertad deberán permanecer únicamente en lugares de privación de libertad oficialmente reconocidos y controlados;
  - d) Las personas privadas de libertad podrán comunicarse con sus familiares, representantes legales o cualquier persona de su elección, con las condiciones establecidas por la ley y en caso de tratarse de una persona extranjera, esta podrá comunicarse con la autoridad consular competente;
  - e) Se garantizará el acceso de toda autoridad e institución facultada por la ley a los lugares de privación de libertad;
  - f) Toda persona con un interés legítimo podrá interponer un recurso ante un tribunal para determinar la legalidad de la privación de libertad y ordenar la liberación en caso que dicha privación fuera ilegal.<sup>321</sup>
- En el mismo sentido, se exige el establecimiento y mantenimiento de registros oficiales actualizados de todas las personas privadas de libertad, los cuales deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial en caso de requerimiento. Esta figura pretende ofrecer una mayor protección

<sup>320</sup> Arts. 17.2-3, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Convención.

<sup>321</sup> Cfr. Art. 17.2 de la Convención.

a las personas privadas de libertad ya que en ocasiones, las autoridades niegan haber llevado a cabo la detención. Por ello, la Convención exige en el art. 17.3 unos requisitos mínimos para estos registros oficiales, estableciendo que la información recogida deberá contener al menos:

- a) La identidad de la persona privada de libertad;
  - b) El día, la hora y el lugar donde la persona fue privada de libertad y la autoridad que procedió a la privación de libertad;
  - c) La autoridad que decidió la privación de libertad y los motivos de ésta;
  - d) La autoridad que controla la privación de libertad;
  - e) El lugar de privación de libertad, el día y la hora de admisión en el mismo y la autoridad responsable de dicho lugar;
  - f) Los elementos relativos a la integridad física de la persona privada de libertad;
  - g) En caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos de la persona fallecida;
  - h) El día y la hora de la liberación o del traslado a otro lugar de detención, el destino y la autoridad encargada del traslado.
- En cuanto a la definición de víctima de desaparición forzada, el artículo 24 amplía su alcance «a la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada». Introduce también el derecho a la verdad, manifestando en el párrafo 2 que «cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida» exigiendo a cada Estado parte tomar las medidas adecuadas para respetar este derecho. Establece también el derecho a la reparación y a una indemnización a las víctimas de este delito. Entre las modalidades de reparación reconoce la restitución, la readaptación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

Como hemos mencionado anteriormente, la segunda parte de la Convención, hace referencia al Comité contra la desaparición forzada, en la cual destacamos la competencia temporal del Comité, el artículo 35 establece que «la competencia del Comité solo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Convención. Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado». Este artículo pretende evitar así las dudas relativas a la competencia temporal en los casos en que la desaparición se inició antes de la entrada en vigor, pero sus efectos se continúan dando.

Si bien es cierto que la desaparición forzada es un delito continuo, este artículo establece como límite temporal la fecha de inicio de la desaparición con lo cual no deja lugar a dudas acerca de la competencia *ratione temporis*. Actualmente, la Convención es el instrumento universal más importante y completo en materia de desaparición forzada, sin embargo su alcance es ínfimo ya que muy pocos Estados la han ratificado, si bien supone un gran avance en cuanto a codificación pero no una protección real en cuanto a número de víctimas pertenecientes a distintos Estados.

### ***1.3.1 El Comité contra la desaparición forzada***

El Comité contra la Desaparición Forzada <sup>322</sup> es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas por todos los Estados Parte. Está integrado por diez expertos<sup>323</sup>, estos son elegidos por los Estados Partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa. También se exige una experiencia jurídica en materia de derechos humanos y una representación equilibrada de géneros. El Comité se reúne en Ginebra y celebra dos sesiones por año.

<sup>322</sup> Véase: CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «El comité contra la desaparición forzada: primeros pasos, retos y solución» en *Anuario Hispano-Iuso-Americano De Derecho Internacional*, vol. 21, 2013, pp. 215-240.

<sup>323</sup> Los diez expertos a fecha 13 de febrero de 2019 son: Mohammed AYAT, Moncef BAATI, Emmanuel DECAUX, María Clara GALVÍS PATIÑO, Daniel FIGALLO RIVADENEYRA, Rainer HUHLE, Suela JANINA, Milica KOLAKOVIC-BOJOVIC, Horacio RAVENNA y Koji TERAYA.

#### *1.3.1.1 El Comité contra la desaparición forzada y los mecanismos de control*

Son varios los mecanismos de control con los que cuenta el Comité<sup>324</sup>, estos vienen recogidos en la segunda parte de la Convención, a través de ellos se pretende un mayor control y cumplimiento de lo establecido en la Convención por los Estados y entre estos se encuentran:

##### *i. Los Informes de los Estados Parte*

En virtud del artículo 29 de la Convención, los Estados parte tienen la obligación de presentar informes acerca de las medidas llevadas a cabo para el cumplimiento de sus nuevas obligaciones contraídas, estos informes deberán ser presentados en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Convención para el Estado correspondiente. Los informes serán examinados por el Comité y este, podrá formular recomendaciones, comentarios u observaciones, que trasladará nuevamente al Estado. El Comité también puede identificar ciertas cuestiones de especial preocupación que deberán ser seguidas por el Estado, asimismo puede solicitar al Estado parte que proporcione información adicional con respecto a estas cuestiones dentro de un periodo específico. También podrá solicitar información acerca de la aplicación e implementación de la Convención.

Una vez examinado el informe del Estado parte, el Comité adoptará las Observaciones Finales. Estas observaciones serán discutidas y adoptadas en una sesión plenaria cerrada del Comité. Las Observaciones Finales siguen un formato estándar que consiste en una breve introducción, seguida por una sección que señala aspectos positivos, otra con los principales motivos de preocupación y las recomendaciones propuestas, finalmente cuenta con una última parte dedicada a la difusión y seguimiento. El Comité podrá solicitar al Estado parte que responda a las cuestiones planteadas en las observaciones finales, en virtud del art. 29.4 de la Convención.

<sup>324</sup> Véase: SUNGA, R., "The Committee on Enforced Disappearances and its Monitoring Procedures" en *Deakin Law Review*, vol. 17, n.º 1, 2012, pp. 151-191.

Una vez adoptadas, las observaciones finales se transmiten al Estado parte interesado y, una vez concluida la sesión, se publican en la página web del Comité, en el periodo de sesiones correspondiente. También se incluyen en el informe anual presentado por el Comité a la Asamblea General de las Naciones Unidas de conformidad con el artículo 36 de la Convención<sup>325</sup>.

ii. Las peticiones también denominadas acciones urgentes

Es la figura más utilizada en el marco de la Convención<sup>326</sup>; en virtud del artículo 30.1, «el Comité podrá examinar, de manera urgente, toda petición presentada por los allegados de una persona desaparecida, sus representantes legales, sus abogados o las personas autorizadas por ellos, así como todo aquel que tenga un interés legítimo, a fin de que se busque y localice a una persona desaparecida».

El Comité exige una serie de requisitos para la presentación de las peticiones:

- a ) Que no carezca manifiestamente de fundamento;
- b ) Que no sea un abuso del derecho presentar tales peticiones;
- c ) Que se haya presentado previamente y en la forma debida a los órganos competentes del Estado Parte interesado, tales como las autoridades encargadas de efectuar las investigaciones, cuando tal posibilidad existe;
- d ) Que no sea incompatible con las disposiciones de la Convención; y
- e ) Que no esté siendo tratada en otra instancia internacional de examen o arreglo de la misma naturaleza<sup>327</sup>;

<sup>325</sup> Art. 36 de la Convención «1. El Comité presentará un informe anual sobre sus actividades en virtud de la presente Convención a los Estados Partes y a la Asamblea General de las Naciones Unidas. 2. La publicación en el informe anual de una observación relativa a un Estado Parte debe ser previamente anunciada a dicho Estado, el cual dispondrá de un plazo razonable de respuesta y podrá solicitar la publicación de sus comentarios u observaciones en el informe».

<sup>326</sup> Las acciones urgentes presentadas desde enero del 2018 hasta junio del 2018 ascendieron a 57 y tratan sobre todo desapariciones llevadas a cabo en México. En 2017 ascendieron a 86 y en 2016 a 84. La lista completa de acciones urgentes registradas ante el Comité contra la desaparición forzada se encuentra disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CED/Pages/CEDIndex.aspx>

<sup>327</sup> Art. 30.2 de la Convención.

Si las peticiones cumplen esta serie de requisitos, el Comité dará trámite a la acción urgente y solicitará al Estado contra quien se dirija la petición, que proporcione información acerca de la situación en la que se encuentre la persona desaparecida. Una vez el Estado emita su contestación, el Comité podrá solicitarle la imposición de una serie de medidas en orden a proteger y localizar a la persona desaparecida; entre las cuales se pueden incluir las medidas cautelares. Del mismo modo, el Comité podrá solicitar al Estado que indique las medidas que ha tomado respecto de la persona desaparecida. Tanto como las medidas solicitadas por el Comité, como las manifestadas por el Estado parte, serán puestas en conocimiento de las personas que presentaron la petición. Mientras el paradero de la persona desaparecida siga siendo desconocido, el Comité seguirá en contacto con el Estado y si la persona es encontrada y liberada, se dará cierre a la acción urgente, lo mismo sucederá si la persona desaparecida es hallada sin vida.

### iii. Las comunicaciones individuales

En virtud del artículo 31 de la Convención, las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de los Estados parte o los representantes de estas, podrán presentar comunicaciones individuales si consideran que son víctimas de violaciones de las disposiciones de la Convención. Para que esto sea posible, el Estado parte debe haber expresamente reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones individuales, ya que en caso contrario, el Comité no admitirá la comunicación. Si el Estado parte ha reconocido esta competencia, el Comité exige una serie de requisitos para la admisión, así pues:

El Comité declarará inadmisibles cualquier comunicación si:

- a*) Es anónima;
- b*) Constituye un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o es incompatible con las disposiciones de la Convención;
- c*) La misma cuestión está siendo tratada en otra instancia internacional de examen o arreglo de la misma naturaleza; o si

d ) Los recursos internos efectivos disponibles no han sido agotados. Esta regla no se aplica si los procedimientos de recurso exceden plazos razonables<sup>328</sup>.

Si el Comité considera que la comunicación cumple los requisitos, «[...] la transmitirá al Estado Parte y le solicitará que le proporcione, en un plazo que habrá de fijar el Comité, sus observaciones y comentarios»<sup>329</sup>. Al igual que en las acciones urgentes, el Comité puede solicitar la interposición de medidas cautelares en orden a evitar daños irreparables a la víctima. La celebración de las sesiones respecto de las comunicaciones, serán llevadas a cabo a puerta cerrada. Asimismo, las respuestas otorgadas por el Estado parte, serán trasladadas a quién presentó la comunicación. Una vez terminado el procedimiento, el Comité comunicará el dictamen final tanto al Estado como a la persona que presentó la comunicación. En la actualidad, son tan solo 22 los Estados<sup>330</sup> que han declarado reconocer la competencia del Comité para recibir comunicaciones individuales con arreglo al artículo 31.

Desde la entrada en vigor de la Convención en 2010, el Comité contra la desaparición forzada ha conocido únicamente un caso, *Yrusta c. Argentina. Comunicación 001/2013*. Este caso trata la desaparición forzada del Sr. Yrusta, quien se encontraba cumpliendo condena en la cárcel, el cual fue desaparecido en el marco de un traslado de prisión de una ciudad a otra el 16 de enero de 2013. Ni él mismo, ni su familia sabían a donde había sido trasladado, hecho que fue ocultado por las autoridades durante más de siete días, en los cuales los familiares del Sr. Yrusta no tuvieron acceso a información acerca de su paradero o situación. Los familiares solicitaron información a las autoridades del centro penitenciario donde se encontraba el reo, pero sus peticiones no fueron contestadas. Una vez de nuevo en contacto con su familia, el Sr. Yrusta relató que sufría malos tratos y tortura a diario.

<sup>328</sup> Art. 31.2 de la Convención.

<sup>329</sup> Art. 31.3 de la Convención.

<sup>330</sup> Albania, Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Chile, Ecuador, Eslovaquia, España, Francia, Lituania, Mali, Montenegro, los Países Bajos, Perú, Portugal, República Checa, Serbia, Suiza, Ucrania y Uruguay. (Visto por última vez el 13 de febrero de 2019).

El 7 de febrero de 2013, personal del centro penitenciario se puso en contacto con los familiares del Sr. Yrusta, para informar que este había sido encontrado muerto. La versión ofrecida por el personal, fue que el Sr. Yrusta se había suicidado ahorcándose en su celda.

Tras el estudio de los hechos, el Comité consideró que se trataba de una desaparición forzada, ya que se dieron los elementos del delito, a saber la privación de libertad seguida del ocultamiento del paradero de la persona, la cual fue llevada a cabo por agentes estatales, en el presente caso funcionarios de prisiones. «Adicionalmente, a lo largo de ese plazo, el Sr. Yrusta no pudo comunicarse con nadie, no pudo recibir visitas y ni él, ni su familia, tuvieron acceso a un tribunal que determinase sin demora la legalidad de la situación en la que se encontraba cuando fue trasladado de centro penitenciario»<sup>331</sup>. El Comité declaró que la sustracción a la protección de la ley es la consecuencia de la ocultación del paradero de la persona arrestada o detenida y no un elemento más de la desaparición forzada<sup>332</sup>. «En este contexto, un detenido queda sustraído a la protección de la ley cuando, como consecuencia de la desaparición, se impide ejercitar los recursos que la legislación del Estado parte pone a su disposición, para que un tribunal determine la legalidad de la privación de libertad, lo cual ocurrió en el presente caso»<sup>333</sup>.

Por todo ello, el Comité declaró que el Sr. Yrusta fue víctima de una desaparición forzada, durante los días que siguieron a su traslado. En consecuencia, declaró la violación de los artículos 1 y 2, el artículo 12, párrafo 1, los artículos 17, 18 y 20, y el artículo 24, párrafos 1 a 3 de la Convención, con relación al Sr. Yrusta; y del artículo 12, párrafo 1, los artículos 18 y 20 y el artículo 24, párrafos 1 a 3, con relación a las autoras de la comunicación, hermanas del Sr. Yrusta. Del mismo modo, entre las recomendaciones dirigidas al Estado, destaca el inciso b), a través del cual

<sup>331</sup> Comité contra la Desaparición Forzada. Dictamen aprobado por el Comité en virtud del art. 31 de la Convención, respecto de la comunicación n.º 1/2013 de 12 de abril de 2016, párr. 10.4.

<sup>332</sup> Ibidem. Así también lo declaró Suela JANINA, Presidenta del Comité contra la Desaparición Forzada en el International Seminar on Enforced Disappearances. Martes 27 de febrero de 2018. Consejo de Europa, Estrasburgo.

<sup>333</sup> Nota al pie n.º 331.



se solicitó al Estado que la investigación llevada a cabo no se limite a las causales de la muerte del Sr. Yrusta, sino también a su desaparición forzada como consecuencia de su traslado.

El tratamiento de este caso es muy importante de cara a futuras denuncias, puesto que determina los elementos de la desaparición forzada en el caso de una persona privada de libertad en un centro penitenciario. Asimismo, hace referencia a la sustracción a la protección de la ley del detenido independientemente del número de días que este haya permanecido desaparecido y aunque estuviese privado de libertad legalmente.

#### iv. Las denuncias entre los Estados

El artículo 32 de la Convención establece un mecanismo para que un Estado parte pueda presentar una denuncia alegando que otro Estado parte no cumple con las obligaciones impuestas por la Convención. Para ello, ambos Estados deberán haber reconocido la competencia del Comité para conocer estas comunicaciones. En la actualidad, son 23 los Estados que han declarado reconocer la competencia del Comité sobre el artículo 32<sup>334</sup>, sin embargo, este procedimiento jamás ha sido utilizado.

Del mismo modo, según el artículo 42, cualquier controversia surgida entre Estados como consecuencia de la interpretación o aplicación de la Convención, será sometida a arbitraje. En caso de no llegar a una solución, cualquiera de los Estados podrá someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, asimismo, cualquier Estado parte puede declarar en el momento de la firma o de la ratificación de la Convención, que no se considera obligado a ello<sup>335</sup>.

<sup>334</sup> Los Estados que han reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple con las obligaciones que le impone la presente Convención son: Albania, Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Chile, Ecuador, Eslovaquia, España, Francia, Japón, Lituania, Mali, Montenegro, los Países Bajos, Portugal, República Checa, Serbia, Sri Lanka, Suiza, Ucrania y Uruguay. (Visto por última vez el 13 de febrero de 2019).

<sup>335</sup> Los Estados que han manifestado sus reservas en cuanto a llevar los posibles conflictos a la CIJ son: Cuba, Marruecos, Ucrania y Venezuela.

v. Las investigaciones

El artículo 33 de la Convención, otorga al Comité la facultad de realizar una visita a un Estado parte, cuando tenga información acerca de violaciones graves de la Convención por parte del Estado en cuestión. El Comité, -previa consulta con el Estado-, podrá solicitar a sus miembros que visiten el país y emitan un informe correspondiente. Primeramente, el Comité deberá informar por escrito al Estado acerca de su intención de visitar el país, manifestando las razones de su visita y la composición de la delegación. Si el Estado acepta la visita, deberá trabajar junto al Comité para establecer las modalidades de la visita y deberá facilitar su desarrollo. Una vez llevada a cabo la visita, el Comité trasladará al Estado visitado, sus recomendaciones y observaciones.

Cabe mencionar que las investigaciones no dependen de la previa aceptación por parte de los Estados miembros, como sucede con distintos tratados que exigen el reconocimiento de la competencia del comité pertinente en cada caso<sup>336</sup>.

*1.3.1.2 La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad a la luz de la interpretación del Comité contra la desaparición forzada*

El artículo 5 de la Convención declara que «la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable». En este sentido, no cabe duda alguna que en el derecho internacional de los derechos humanos, el delito de desaparición forzada puede ser un crimen de lesa humanidad siempre que se practique de forma generalizada o sistemática; a diferencia que en el derecho penal internacional, no se

<sup>336</sup> Los Estados partes pueden eximirse del procedimiento de investigación en el momento de firmar, ratificar o adherirse al tratado respectivo, formulando una declaración de no reconocimiento de la competencia del Comité con respecto a las investigaciones. (Artículo 28 de la Convención contra la tortura; artículo 10 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; artículo 13.7 del Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones del Comité de los derechos del niño o en cualquier momento, según el artículo 11.8 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

exige más elementos a la hora de determinar su alcance<sup>337</sup>. En virtud de todo ello, el 11 de octubre de 2016, el Comité celebró una reunión con el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional en relación con la definición de desaparición forzada que figuraba en el proyecto de convención sobre crímenes de lesa humanidad.

El Relator Especial presentó el plan sobre el proyecto de convención y su calendario, afirmó que el objetivo del plan era promover la cooperación y el desarrollo entre Estados y la aprobación de legislación interna y de la competencia de los tribunales nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad. Explicó que la Comisión de Derecho Internacional había decidido utilizar en el proyecto de convención (art. 3) la definición de desaparición forzada que figuraba en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a fin de evitar posibles efectos negativos. Incluyéndose un párrafo (párr. 4) en el artículo 3, en el que se afirmaba que la definición utilizada en el proyecto de convención se entendía sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia. En consecuencia, el Comité expresó varias dudas con respecto a la definición de la desaparición forzada, la precisión requerida para una definición en la esfera del derecho penal internacional y la aplicación del proyecto de convención<sup>338</sup>.

Por otra parte, el Sr. CORCUERA CABEZUT, refiriéndose a la observación general del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad, señaló que las divergencias entre la definición con arreglo al derecho penal internacional y la definición con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos tenían que ver con el autor, la *mens rea* y el elemento temporal. Por ello, propuso un planteamiento doble:

En primer lugar, propuso utilizar una definición que abarcara los casos en que la desaparición forzada constituyera un crimen de lesa humanidad, así como aquellos en los que no lo fuera.

<sup>337</sup> En DPI se exigen 1) el ataque, 2) la necesidad de conexión entre el ataque y los actos del acusado, 3) que el ataque sea generalizado y sistemático, 4) que se cometa contra una población civil y 5) que el actor tenga conocimiento de que el ataque es generalizado y sistemático, para más información ver Cap. II.

<sup>338</sup> Informe del Comité contra la Desaparición Forzada. 11er período de sesiones (3 a 14 de octubre de 2016). 12o período de sesiones (6 a 17 de marzo de 2017). A/72/56, párr. 39.

En segundo lugar, propuso utilizar la definición de delito establecida en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ya que a su parecer, es la más propicia para la protección de las víctimas porque ni la *mens rea* ni el elemento temporal se consideran elementos constitutivos<sup>339</sup>.

Recordemos que el Estatuto de Roma, en su análisis del delito de desaparición forzada añade el elemento temporal, estableciendo que «por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado»<sup>340</sup>, mientras que el resto de instrumentos internacionales en materia de protección de derechos humanos, -incluida la Convención-, no hacen referencia a ningún elemento temporal, de hecho como hemos visto anteriormente, esto ha sido ampliamente criticado por expertos en Derecho Internacional.

## **2. LOS ÓRGANOS NO CONVENCIONALES DE NACIONES UNIDAS FRENTE A LA DESAPARICIÓN FORZADA**

### **2.1 El Consejo de Derechos Humanos frente a la desaparición forzada**

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se estableció en 1946 para la protección y promoción de los derechos y libertades fundamentales, fue creada en virtud del artículo 68<sup>341</sup> de la Carta de Naciones Unidas por el Consejo Económico y Social. Estaba compuesta originariamente por 18 Estados miembros, su mandato pretendía responder a las diversas cuestiones relacionadas con los derechos humanos y establecer normas para regir la conducta de los Estados.

Del mismo modo, actuó como un foro en el que los países, las organizaciones no gubernamentales y los defensores y defensoras de derechos humanos de todo el mundo expresaron sus preocupaciones. La Comisión aprobó un centenar de

<sup>339</sup> Ibidem, párr. 40.

<sup>340</sup> Art. 7.2 i) del Estatuto de Roma.

<sup>341</sup> Artículo 68 de la Carta de Naciones Unidas. «El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones».

resoluciones, recibió ayuda de grupos de trabajo y una red de expertos, representantes y relatores individuales sobre cuestiones específicas. También se le encomendó la elaboración de una serie de instrumentos para la defensa de los derechos humanos.

Entre sus labores más importantes está la redacción de la DUDH. La Asamblea General examinó un proyecto de declaración en el primer período de sesiones en 1946 y lo transmitió al Consejo Económico y Social para que lo «sometiera al análisis de la Comisión de Derechos Humanos y que ésta pudiera preparar una carta internacional de derechos humanos». En 1947, la Comisión autorizó a sus miembros a formular «un anteproyecto de Carta Internacional de Derechos Humanos». La versión definitiva fue redactada por René CASSIN, la cual fue entregada a la Comisión de Derechos Humanos.

Este proyecto de declaración fue enviado a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, para que emitiesen sus observaciones respecto a la misma. El primer proyecto de Declaración se propuso en septiembre de 1948 y más de 50 Estados Miembros participaron en la redacción final. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General, reunida en París, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>342</sup>.

Como señala SIEGHART:

Al mismo tiempo, y bajo el supuesto de que la DUDH no impondría obligaciones suficientemente vinculantes, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU procedió a la redacción de Pactos sobre derechos humanos diseñados para ser legalmente vinculantes para los Estados miembros de la ONU. Ese trabajo comenzó en 1947, y no se completó hasta 1954, cuando se presentaron dos Pactos a la Asamblea General de las Naciones Unidas: El Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pasarían otros doce años antes de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara estos en 1966<sup>343</sup>.

<sup>342</sup> Cfr. <http://www.un.org/es/sections/universal-declaration/history-document/index.html> Última visita: 21 de febrero de 2018.

<sup>343</sup> SIEGHART, P., *The International Law of Human Rights*, Oxford University Press, 1983, p. 25. Traducción propia: "At the same time, and on the assumption that UDHR would not impose sufficiently binding obligations, the UN Commission on Human Rights (CHR) proceeded with the drafting of Covenants on human rights designed to become legally binding on the UN's Member States. That work began in 1947, and was not completed until 1954, when two Covenants were presented to the UNGA: ICPR and ICES. It took a further twelve years before the UNGA adopted these in 1966."

El 15 de marzo de 2006, la Asamblea General aprobó la resolución A/RES/60/251 para establecer el Consejo de Derechos Humanos que sustituiría a la Comisión. El 27 de marzo de 2006, la Comisión de Derechos Humanos concluyó su sexagésimo segundo y último período de sesiones siendo sustituida por el Consejo de Derechos Humanos<sup>344</sup>. Este, es un organismo intergubernamental dentro del sistema de las Naciones Unidas, responsable de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo y de abordar situaciones de violaciones de derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto.

Tiene la capacidad de discutir todas las cuestiones temáticas de derechos humanos y las situaciones que requieren su atención durante todo el año. Se reúne en la Oficina de la ONU en Ginebra. El Consejo está compuesto por 47 Estados Miembros de las Naciones Unidas que son elegidos por la AGONU. Su primera sesión tuvo lugar del 19 al 30 de junio de 2006. Un año más tarde, el Consejo adoptó su «paquete de creación de instituciones» para orientar su trabajo y establecer sus procedimientos y mecanismos.

Entre los organismos subsidiarios del Consejo se encuentran el Mecanismo de Examen Periódico Universal<sup>345</sup>, el Comité Asesor y el Procedimiento de Denuncia.

<sup>344</sup> Para un estudio más detallado véase entre otros: VIEGAS E SILVA, M. y VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Consejo De Derechos Humanos De Las Naciones Unidas*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto De Derechos Humanos «Bartolomé De Las Casas», 2011; ARENAS MEZA, M., «El Consejo De Derechos Humanos De Las Naciones Unidas: ¿Cambio o Continuidad En El Funcionamiento De Los Mecanismos Extraconvencionales De Protección De Los Derechos Humanos?» en *Dereito: Revista Xuridica Da Universidade De Santiago De Compostela*, vol. 19, n.º 2, 2010, pp. 237-268; AÑÑOS MEZA, M., «El Consejo De Derechos Humanos De Naciones Unidas. ¿Un Avance En El Desarrollo Institucional De Los Derechos Humanos?» en *Estudios Internacionales: Revista Del Instituto De Estudios Internacionales de la Universidad De Chile*, n.º 159, 2008, pp. 49-78; VARÓN MEJÍA, A., «De La Comisión Al Consejo De Derechos Humanos: Fortalecimiento De Los Mecanismos De Protección De Derechos Humanos o Profundización De La Politización» en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 10, n.º 1, 2008, pp. 129-157.

<sup>345</sup> Críticos con el examen periódico universal: ROCHELLE, T. & VOETEN, E., "The Relational Politics of Shame: Evidence from the Universal Periodic Review" en *The Review of International Organizations*, vol. 13, n.º 1, 2018, pp. 1-23.; ROESDAHL, M., "Universal Periodic Review and Its Limited Change Potential: Tracking the Complexity of Multiple Actors and Approaches to Human Rights Change through the Lens of the UPR Process of Nepal" en *Journal of Human Rights Practice*, vol. 9, n.º 3, 2017, pp. 401-423; PATEL, G., "How 'Universal' Is the United Nations' Universal Periodic Review Process? An Examination of the Discussions Held on Polygamy" en *Human Rights Review*, vol. 18, n.º 4, 2017, pp. 459-484.; VENGOECHEA-BARRIOS, J., "The Universal Periodic Review: A New Hope for International Human Rights Law or a reformulation of errors of the past?" en *International Law: Rev. Colomb. Derecho Int.*, Bogotá, n.º 12, 2008, pp. 101-116.

La resolución 60/251, por la que se creó el Consejo de Derechos Humanos, estableció en el punto 5 e) que el Consejo:

Realizará un examen periódico universal, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados; el examen será un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad; dicho mecanismo complementará y no duplicará la labor de los órganos creados en virtud de tratados; el Consejo determinará las modalidades del mecanismo del examen periódico universal y el tiempo que se le asignará antes de que haya transcurrido un año desde la celebración de su primer periodo de sesiones.

El objetivo principal del examen es mejorar la situación de los derechos humanos en los Estados miembros, a través de la promoción y protección de los derechos humanos. El examen supervisa la situación en la que se encuentran los derechos fundamentales, exige a los Estados mejorar la situación de los mismos y abordar las violaciones de derechos humanos que se cometen.

Con respecto al Comité Asesor; este se creó a través de la resolución del Consejo de Derechos Humanos 5/1, está integrado por 18 expertos y funciona como grupo de asesoramiento del Consejo. El Comité Asesor sustituye a la anterior Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. La función del Comité Asesor es la de proporcionar conocimientos especializados a través de investigaciones en el ámbito de los derechos humanos.

El Procedimiento de denuncia; fue establecido a través de la resolución del Consejo de Derechos Humanos 5/1, su creación obedece a la necesidad de hacer frente a las graves violaciones de derechos humanos ocurridos en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia. Las comunicaciones pueden ser presentadas por personas físicas u organizaciones no gubernamentales que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos o conozcan fehacientemente de violaciones a terceros. Entre otras cosas, se exige que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna antes de presentar la comunicación, salvo que los recursos internos devengan ineficaces.



Del mismo modo, el Consejo de Derechos Humanos cuenta con procedimientos especiales, los cuales son mandatos a expertos y expertas para asesorar, presentar informes e investigar sobre derechos humanos, en relación con un país<sup>346</sup> o una temática específica<sup>347</sup>. Estos procedimientos incluyen los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. El Consejo continúa con la labor iniciada por la Comisión y algunos de los Grupos creados la Comisión se encuentran ahora bajo la dirección del Consejo.

## **2.2 La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**

La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, la supervisión de su aplicación por los Estados corresponde al Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias. En el artículo 1.2 se recoge una serie de derechos que son vulnerados con la práctica de la desaparición forzada, entre ellos «[...] el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro».

Asimismo, hace referencia a los graves sufrimientos causados tanto a la víctima como a su familia. Otro punto a destacar se halla en el artículo 17.1 a través del cual considera todo acto de desaparición forzada como «delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos». Del mismo modo, el artículo 18.1 prohíbe las leyes de amnistía u otras medidas análogas para los autores de este delito.

También el artículo 19 reconoce el derecho a obtener una reparación e indemnización a las víctimas de las desapariciones forzadas tanto como a sus familiares.

<sup>346</sup> Se puede consultar la lista completa de mandatos por país en: [https://spinternet.ohchr.org/\\_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx?Lang=Sp](https://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx?Lang=Sp) (Visto por última vez: 13 de febrero de 2019).

<sup>347</sup> Se puede consultar la lista completa de mandatos temáticos en: [https://spinternet.ohchr.org/\\_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM&Lang=Sp](https://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM&Lang=Sp) (Visto por última vez: 13 de febrero de 2019).



Si bien la redacción de la Declaración fue un hecho importante ya que es un instrumento específico relativo a desapariciones forzadas, el mismo no es vinculante, pero como veremos, sirve de marco para la labor realizada por el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, el cual incentiva la aplicación de la Declaración en los Estados.

### **2.3. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias**

Mediante la resolución n.º 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980, la Comisión de Derechos Humanos decidió «establecer por un período de un año un Grupo de Trabajo compuesto por cinco de sus miembros, en calidad de expertos a título individual, para examinar cuestiones relativas a desapariciones forzadas o involuntarias de personas». El Grupo recibe anualmente aproximadamente 300 casos.

El mandato fundamental del Grupo de Trabajo es ayudar a los familiares de las personas desaparecidas a averiguar la suerte y el paradero de dichas personas<sup>348</sup>. Con este objeto el Grupo recibe y examina los informes sobre desapariciones presentados por los familiares de las personas desaparecidas o por organizaciones de derechos humanos que actúan en su nombre. Tras verificar si esos informes cumplen determinados criterios, el Grupo de Trabajo transmite los distintos casos a los gobiernos de que se trate, pidiéndoles que realicen indagaciones y que le informen sobre sus resultados. [Esta labor se realiza] sobre una base puramente humanitaria, independientemente de que los gobiernos en cuestión hayan ratificado alguno de los instrumentos jurídicos existentes que establecen procedimientos para la formulación de denuncias particulares. El Grupo actúa esencialmente como cauce de comunicación entre las familias de las personas desaparecidas y los gobiernos, y viene sosteniendo con éxito un diálogo con la mayoría de los gobiernos interesados, con miras a resolver los casos de desaparición. Con la adopción en 1992 por la Asamblea General de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, el Grupo de Trabajo fue encomendado para que siga el progreso de los Estados en cumplir con sus obligaciones derivadas de la Declaración así como para que proporcione a los Gobiernos asistencia en su implementación<sup>349</sup>.

<sup>348</sup> Para más información véase: DE FROUVILLE, O., «Working out a Working Group: a View from a Former Working Group Member» in NOLAN, A., FREEDMAN, R. & MURPHY, T. (eds.). *The United Nations Special Procedures System*, Brill, 2017.

<sup>349</sup> Página principal del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/issues/disappearances/pages/disappearancesindex.aspx> (Visto por última vez: 28 de febrero de 2019).

Con respecto a la Declaración de 1992,

El Grupo de Trabajo llama la atención a los Gobiernos y a las organizaciones no gubernamentales sobre diferentes aspectos de la Declaración y hace recomendaciones sobre cómo superar los obstáculos para el cumplimiento de sus disposiciones. En esta capacidad, el Grupo de Trabajo tiene una función preventiva, la cual se lleva a cabo a través de visitas a países donde se proporciona asistencia, si así se solicita. [ \_ ] Al igual que para muchos otros temas de derechos humanos, el Comité contra las Desapariciones Forzadas y el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias coexisten lado a lado y buscan colaborar y coordinar sus actividades con el fin de fortalecer los esfuerzos conjuntos para prevenir y erradicar las desapariciones forzadas<sup>350</sup>.

El Grupo de Trabajo no investiga directamente casos individuales, ni puede adoptar medidas directas de protección, tampoco establece la responsabilidad individual o estatal en casos de desaparición forzada. Tiene un mandato humanitario y de vigilancia, en este sentido, los familiares o representantes de las víctimas desaparecidas pueden presentar las denuncias de desaparición ante el Grupo, existiendo un procedimiento ordinario<sup>351</sup> y urgente<sup>352</sup> para ello.

### ***2.3.1 El Grupo de Trabajo y los mecanismos de protección***

#### **i. Los llamamientos urgentes.**

Cuando el Grupo de Trabajo recibe denuncias de que una persona ha sido privada de su libertad y ha sido objeto de una desaparición forzada, o

<sup>350</sup> Ibidem.

<sup>351</sup> Cfr. Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. 2 de mayo de 2014. AG A/HRC/WGEID/102/2, párr. 11 «Los casos de desaparición forzada denunciados después de tres meses se presentan al Grupo de Trabajo para que los examine detalladamente en sus períodos de sesiones. Estos casos se transmiten, con la autorización expresa del Grupo de Trabajo, a los Estados de que se trate, pidiéndoles que realicen investigaciones para esclarecer la suerte o el paradero de la persona desaparecida e informen al Grupo de Trabajo de los resultados. Estos casos se comunican mediante carta del Presidente-Relator del Grupo de Trabajo a los Estados de que se trate».

<sup>352</sup> Ibidem, párr. 10. «Los casos de desaparición forzada que hayan ocurrido durante los tres meses anteriores a la recepción de una denuncia por el Grupo de Trabajo se transmiten al Estado de que se trate por los medios más directos y rápidos posibles. Los casos que hayan tenido lugar antes del plazo de tres meses, pero no más de un año antes de su recepción por la Secretaría, siempre que tengan alguna relación con un caso ocurrido en el periodo de tres meses, pueden transmitirse entre periodos de sesiones mediante carta autorizada por el Presidente-Relator. El Grupo de Trabajo notifica a las fuentes que se ha enviado una petición de medidas urgentes al Estado de que se trate, ayudando así a los familiares o a la fuente a ponerse en contacto con las autoridades competentes».

corre el riesgo de serlo, podrá enviar un llamamiento urgente al Estado en cuestión, con el fin de que investigue la situación alegada y proceda a informar acerca de la misma. Los llamamientos urgentes se recogen en el informe anual del Grupo de Trabajo<sup>353</sup>.

ii. Las intervenciones inmediatas

A través de las mismas se pone en conocimiento del Estado en cuestión, «los casos de intimidación, persecución o represalias contra familiares de personas desaparecidas, testigos de desapariciones o sus familias, miembros de organizaciones de familiares y otras ONG, defensoras y defensores de derechos humanos o personas preocupadas por las desapariciones»<sup>354</sup>. El Comité solicitará al Estado que tome las medidas necesarias para proteger a las personas afectadas en estos casos y se llevará a cabo a través de los medios mas rápidos.

iii. Las denuncias generales

Tanto como organizaciones no gubernamentales, Estados, familiares de personas desaparecidas y demás fuentes fiables, pueden denunciar los casos en los que se hayan encontrado con impedimentos en la aplicación de la Declaración. En estos casos, el Grupo de Trabajo transmitirá periódicamente a los Estados un resumen de las denuncias recibidas. Las denuncias generales se recogen en el informe anual del Grupo de Trabajo<sup>355</sup>.

iv. Otras comunicaciones;

Si el Grupo de trabajo recibe denuncias fidedignas en las que se alega que un Estado está practicando desapariciones forzadas, puede intervenir. Asimismo, actuará de la misma manera en los casos en los que se denuncie que un Estado podría adoptar medidas que obstaculicen la aplicación de la Declaración.<sup>356</sup>

<sup>353</sup> Cfr. Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. 2 de mayo de 2014. AG A/HRC/WGEID/102/2, párr. 30 y 31.

<sup>354</sup> Ibidem, párr. 32.

<sup>355</sup> Ibidem, párr. 33 y 34.

<sup>356</sup> Ibidem, párr. 35 y 36.

Entre otras de las actividades del Grupo de Trabajo destacan:

i. Las visitas a los países e informes

El Grupo de Trabajo puede visitar distintos países si así lo considera oportuno, del mismo modo, puede realizar estas visitas como respuesta a una invitación por parte del Estado. La finalidad de las visitas es entablar un diálogo entre las partes, como pueden ser las autoridades y los familiares de las personas desaparecidas, de cara a esclarecer los casos de desaparición forzada. Otro fin de las visitas, es el examen por parte del Grupo de Trabajo de las medidas llevadas a cabo por los Estados para combatir el delito. Entre ellas se encuentran la prevención, investigación, sanción y erradicación de las desapariciones forzadas. Del mismo modo, el Grupo de Trabajo examina el cumplimiento de la Declaración por parte del Estado y su relación respecto de las víctimas, en orden a garantizar sus derechos. En los casos en que la solicitud de visita no sea aceptada por el Estado en cuestión, el Grupo de Trabajo puede emitir un informe con base en la información obtenida a pesar de no haber realizado la visita al país. Este informe puede ser difundido públicamente en la forma en que el Grupo de Trabajo considere<sup>357</sup>.

ii. El informe anual

«El Grupo de Trabajo presenta un informe anual sobre sus actividades al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General. Informa al Consejo y a la Asamblea de sus comunicaciones con los Estados y las ONG, sus sesiones y sus visitas. Los informes sobre las visitas a los países se publican en adiciones al informe principal»<sup>358</sup>.

Asimismo, el Grupo de Trabajo ha aportado importantísimos avances en cuanto al tratamiento de la desaparición forzada como delito continuado estableciendo que<sup>359</sup>:

<sup>357</sup> Cfr. Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. 2 de mayo de 2014. AG A/HRC/WGEID/102/2, párr. 49-51.

<sup>358</sup> *Ibidem*, párr. 66.

<sup>359</sup> General Comment on enforced disappearance as a continuous crime A/HRC/16/48.

1) Las desapariciones forzadas son el prototipo de actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se prolonga durante todo el periodo de tiempo en que el delito no haya cesado, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o proporcione información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida.

2) Aunque una conducta viole varios derechos, incluido el derecho al reconocimiento de una persona ante la ley, su derecho a la libertad y a la seguridad y el derecho a no ser sometida a tortura ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y viole, además, el derecho a la vida o lo ponga gravemente en peligro, el Grupo de Trabajo considera que una desaparición forzada es un acto único y consolidado y no una combinación de actos. Aun cuando varios aspectos de la violación puedan haberse completado antes de la entrada en vigor del instrumento nacional o internacional pertinente, si otras partes de la violación persisten, y mientras no se determine la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso y no deberá fragmentarse el acto.

3) Así pues, cuando la desaparición forzada se inició antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que un Estado determinado aceptase la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición continúe tras la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción atribuye a la institución la competencia y la jurisdicción para entender del caso de desaparición forzada en su conjunto y no sólo de los actos u omisiones imputables al Estado que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción.

4) El Grupo de Trabajo considera, por ejemplo, que cuando se ha reconocido que un Estado es responsable de haber cometido una desaparición forzada que comenzó antes de la entrada en vigor del instrumento jurídico pertinente y que persistió tras su entrada en vigor, el Estado incurre en responsabilidad por todas las violaciones derivadas de la desaparición forzada y no sólo por las violaciones que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento.

5) Análogamente, en derecho penal, el Grupo de Trabajo opina que, como consecuencia del carácter continuo de la desaparición forzada, es posible

condenar a una persona por la desaparición sobre la base de un instrumento jurídico promulgado después de que comenzara la desaparición forzada no obstante el principio fundamental de no retroactividad. No es posible separar el delito, y la condena debe abarcar la desaparición forzada en su conjunto<sup>360</sup>.

Todas estas nociones han sido respetadas en su mayoría en el caso latinoamericano, no ha ocurrido lo mismo con los países europeos incluido España. Los comentarios generales realizados por el Grupo de Trabajo, son de suma importancia ya que obedecen a un estudio minucioso del delito de desaparición forzada con respecto a diversos aspectos que rodean la cuestión. Es fundamental que los Estados alineen sus ordenamientos con las recomendaciones, sin alegar impedimentos legales o jurídicos, ya que la prohibición de la práctica de la desaparición forzada responde a un interés superior que no puede ser delimitado.

Hasta la fecha, el Grupo de trabajo ha dictado numerosos comentarios generales<sup>361</sup> relativos a los artículos 3 (para la prevención y erradicación de las desapariciones forzadas), 4 (relativo a las penas), 10 (relativo a la privación de libertad en lugares oficiales), 17 (relativo a la naturaleza del delito, el cual es permanente), 18 (prohibición de la amnistía y medidas análogas) y 19 (reparación e indemnización de víctimas) de la Declaración. También se ha manifestado respecto a la definición de la desaparición forzada, al derecho a la verdad, al derecho al reconocimiento de la persona ante la ley, a la desaparición forzada en niños y niñas; y respecto de mujeres afectadas por las desapariciones forzadas. Del mismo modo, el Grupo de Trabajo presentó un completo informe acerca de las desapariciones forzadas en el contexto de la migración<sup>362</sup>, ya que se trata de un nuevo fenómeno que afecta a la sociedad de mayor manera en la actualidad. El Secretario del Grupo de Trabajo también manifestó recientemente las principales deficiencias encontradas durante su

<sup>360</sup> Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime. 26 de enero de 2011. A/HRC/16/48, p. 12.

<sup>361</sup> Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/GeneralComments.aspx> (Visto por última vez el 2 de marzo de 2018).

<sup>362</sup> Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/StudyMigration\\_UnofficialSP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/StudyMigration_UnofficialSP.pdf)

mandato<sup>363</sup>, hizo referencia a Bosnia y Herzegovina, Croacia, Turquía, Albania, Ucrania y España<sup>364</sup>, debido a la falta de investigaciones para delimitar la responsabilidad por las desapariciones y la limitación al principio de jurisdicción universal.

### ***2.3.2 La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad a la luz del Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas***

En la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992, se afirma la vinculación entre las desapariciones forzadas y los crímenes de lesa humanidad. En el párrafo cuarto de su preámbulo, se declara que la «práctica sistemática [de las desapariciones forzadas] representa un crimen de lesa humanidad». A través del estudio de los crímenes de lesa humanidad en el capítulo II, podemos comprobar que la doctrina ha avanzado y ha introducido elementos para determinar si un delito se enmarca como crimen de lesa humanidad. «Consideraciones parecidas se aplican a las desapariciones forzadas, que sólo pueden calificarse de crímenes de lesa humanidad cuando se cometen en un contexto determinado»<sup>365</sup>. En consecuencia, podemos afirmar que «el párrafo cuarto del preámbulo de la Declaración de 1992 ha dejado de estar en consonancia con el derecho penal internacional vigente. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y los tribunales mixtos, así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ofrecen ofrecen muestras convincentes del derecho internacional vigente en esta materia»<sup>366</sup>, atendiendo a un contexto y a elementos específicos. Así el Grupo de Trabajo está convencido de que «la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional refleja actualmente el derecho internacional consuetudinario y puede, por consiguiente, utilizarse para interpretar y aplicar las disposiciones de la Declaración»<sup>367</sup>.

<sup>363</sup> Así lo declaró Ugo CEDRANGOLO, Secretario del Grupo de Trabajo Sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en el International Seminar on Enforced Disappearances. Martes 27 de febrero de 2018. Consejo de Europa, Estrasburgo.

<sup>364</sup> Actualmente el Grupo de Trabajo estudia siete comunicaciones individuales. (27 de febrero de 2018).

<sup>365</sup> Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, 2009. Documento A/HRC/13/31, p. 12, punto 8.

<sup>366</sup> *Ibidem*, punto 9.

<sup>367</sup> *Ibidem*, punto 14.

En el mismo sentido, el Grupo de Trabajo considera que «en caso de presentarse denuncias de desapariciones forzadas que pudieran constituir crímenes de lesa humanidad, el Grupo de Trabajo evaluará esas denuncias a la luz de los criterios enumerados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma, tal y como estos son interpretados por los tribunales internacionales y mixtos y, llegado el caso, las remitirá a las autoridades competentes, ya sean internacionales, regionales o nacionales»<sup>368</sup>.

#### **2.4. El Relator Especial Sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las garantías de no repetición**

El 29 de septiembre de 2011, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución 18/7, mediante la cual se estableció el mandato del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, por un periodo de tres años. Se le encomendó tratar las situaciones en las que se haya producido graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario. En 2014, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución 27/3 que extendió el mandato de Relator Especial por un nuevo periodo de tres años. A través de esta resolución, se hizo referencia a la necesaria aplicación de un enfoque global que abarque a los cuatro pilares de este mandato (la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición), a través de las cuales se:

Garanti[ce] la rendición de cuentas, hacer justicia, brindar vías de recurso a las víctimas, fomentar la recuperación de la normalidad y la reconciliación, establecer entidades independientes que supervisen los sistemas de seguridad, restablecer la confianza en las instituciones del Estado y promover el estado de derecho de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos<sup>369</sup>.

Con estos objetivos se pretende prevenir la repetición de crisis y conflictos, asimismo se busca la cohesión social y evitar futuras violaciones de derechos humanos, siendo una de sus finalidades la reconciliación.

<sup>368</sup> Ibídem, punto 15.

<sup>369</sup> Información disponible en:

<https://www.ohchr.org/SP/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/Index.aspx>



Desde el inicio de su mandato, el relator ha hecho referencia a las desapariciones forzadas en sus informes, recomendando siempre la implementación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Asimismo, en los informes de países hace referencia a los avances o los impedimentos que encuentra para el enjuiciamiento de las desapariciones y lo que ello supone: una traba en el acceso al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

En el informe tras su visita a Uruguay, el exrelator Pablo de Greiff, reconoció los avances realizados en cuanto a las desapariciones practicadas durante la dictadura, pero también recogió una serie de recomendaciones para fortalecer el sistema judicial.

En el informe tras su visita a España, el exrelator fue más crítico, ya que señaló que España viene incumpliendo sus obligaciones internacionales, a través de la aplicación de la ley de amnistía vigente.

En el mismo sentido, hizo referencia a los estándares internacionales respecto a la:

[ – ] imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, el derecho internacional establece que, en relación con los casos de desaparición forzada, los plazos de prescripción deben contar a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, es decir, desde que la persona aparece con vida o se encuentran sus restos. Asimismo, el Relator Especial manifestó con preocupación que durante la visita, de forma consistente, las autoridades negaron el carácter continuado de la desaparición forzada, presentando este principio como un sinsentido jurídico. El Relator Especial observó también un excesivo formalismo en la interpretación del derecho que cohibe toda reflexión sobre posibles alternativas para garantizar el derecho de las víctimas a la verdad y la justicia. Sin embargo, en otro tipo de casos, España supo atender las consideraciones relevantes, sin vulnerar el principio de legalidad, como en los casos Scilingo y Pinochet, donde los tribunales españoles desplegaron destreza jurídica en favor de los derechos de las víctimas. Respetando los principios del debido proceso, desestimaron el Decreto-Ley de amnistía chileno y encontraron las vías legales para sobrepasar el problema de la aplicabilidad de tipos legales propios del derecho internacional y las cuestiones de prescripción. El Relator Especial destaca que no habría impedimentos en el sistema judicial español para revisar o anular las disposiciones de la Ley 46/1977 que fueran incompatibles con las obligaciones

internacionales del Estado. El Tribunal Constitucional sería la institución idónea para debatir y pronunciarse sobre la interpretación de la Ley 46/1977, a la luz de las normas y obligaciones internacionales de derechos humanos<sup>370</sup>.

En su informe tras su visita al Reino Unido e Irlanda del Norte, el exrelator hizo referencia a los mecanismos existentes para la búsqueda de desaparecidos durante el conflicto en Irlanda del Norte, sin embargo añadió que se debía mejorar el ámbito de las reparaciones a las víctimas, recogiendo una serie de recomendaciones al respecto para el gobierno<sup>371</sup>.

El trabajo del relator supone un apoyo más para el estudio de los casos de desapariciones y su correcto enjuiciamiento para evitar situaciones de impunidad y promover el derecho a la verdad, que en numerosos casos viene siendo denegado a las víctimas y a sus familiares por una aplicación incorrecta del derecho, que no respeta los estándares internacionales.

#### ***2.4.1 El derecho a la verdad***

El denominado derecho a la verdad surge en el Derecho Internacional Humanitario como respuesta a las desapariciones de personas en el marco de conflictos. En este sentido, el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 recogió por primera vez en su articulado, la existencia del derecho a saber. En este contexto, el derecho a la verdad hacía referencia al derecho que asiste a las familias de conocer el paradero de sus miembros desaparecidos<sup>372</sup>.

<sup>370</sup> Relator Especial Para La Promoción De La Verdad, La Justicia, La Reparación y Las Garantías De No Repetición De Las Naciones Unidas, "Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, misión a España", 22 de julio de 2014, párr. 72-74. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/090/55/PDF/G1409055.pdf?OpenElement> (Visto por última vez: 20 de marzo de 2018).

<sup>371</sup> Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, on his mission to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. 17 November 2016. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/257/52/PDF/G1625752.pdf?OpenElement> (Visto por última vez: 20 de marzo de 2018).

<sup>372</sup> Artículo 32 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. "En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros".

Desde sus inicios, el derecho a la verdad estuvo relacionado con las desapariciones, si bien es cierto que hoy en día es un derecho independiente que se ha desarrollado abundantemente dentro del derecho humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, siendo este último el campo más prolífico.

Posteriormente, en el seno de las Naciones Unidas se formó el Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile, el cual en su informe de 25 de octubre de 1978<sup>373</sup> hizo referencia al derecho a conocer la suerte de los familiares, exigiendo una investigación exhaustiva de los casos de las personas desaparecidas. Asimismo, el derecho a la verdad cobró importancia durante el Coloquio de París sobre la política de desaparición forzada de personas, celebrado en 1981<sup>374</sup>. El órgano del sistema universal que ha trabajado en mayor manera el derecho a la verdad y su alcance, es el Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, recordemos que la labor del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición se inició en 2011.

El Grupo de trabajo, desde su primer informe de fecha 22 de enero de 1981, reconoció en el párrafo 187 el derecho de los familiares a ser informados del paradero de sus familiares desaparecidos, manteniendo esta dinámica a lo largo de los años. No sería hasta el año 2011, cuando el Grupo de trabajo publicó el comentario general dedicado exclusivamente al derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas.

En primer lugar, hizo referencia al artículo 32 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra y también al artículo 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, de 2006, la cual dispone que: «Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado parte tomará las medidas adecuadas a este respecto». El derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, también tiene una doble vertiente<sup>375</sup> ya que hace referencia al derecho a conocer los progresos

<sup>373</sup> A/33/331. Párrs. 418-423.

<sup>374</sup> Vid. Louis Joinet, "Rapport général", en *Le refus de l'oubli - La politique de disparition forcée de personnes - Colloque de Paris, Janvier/février 1981*, Ed. Berger-Levrault, collection "Mondes en devenir", París 1982.

<sup>375</sup> Para más información véase: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *Derecho a la Verdad y Derecho Internacional En Relación Con Graves Violaciones de los Derechos Humanos*, Universidad

y resultados de las investigaciones llevadas a cabo en orden a conocer el paradero de las personas desaparecidas y las circunstancias que envolvieron su desaparición pero también busca conocer la identidad de los victimarios y establecer responsabilidades. Por todo ello, según lo manifestado por el Grupo de Trabajo, «el Estado tiene la obligación de investigar hasta que pueda determinar, por presunción, la suerte o el paradero de la persona»<sup>376</sup>. «La existencia del derecho a la verdad en el Derecho Internacional está aceptada por la práctica de los Estados que incluye tanto el ámbito judicial como el establecimiento de mecanismos que buscan la verdad en el periodo siguiente a crisis de derechos humanos, dictaduras o conflictos armados. Esos mecanismos incluyen la instrucción de causas penales y la creación de "comisiones de la verdad", cuyo fin es esclarecer violaciones cometidas en el pasado y, en general, facilitar la reconciliación entre distintos grupos»<sup>377</sup>.

Otro aspecto a destacar, es que el derecho a la verdad es un derecho tanto colectivo como individual. Por una parte establece que toda víctima tiene derecho a conocer la verdad sobre las violaciones padecidas y por otra, exige el deber de comunicar esta verdad a la sociedad, con el fin de que sea «una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones»<sup>378</sup>. Paralelamente al Grupo de trabajo, distintos órganos emitieron numerosos informes y resoluciones respecto al derecho a la verdad, entre los cuales destacamos: El informe final elaborado y revisado por el Sr. JOINET, relativo a la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)<sup>379</sup>.

Este informe se realizó bajo petición de la antigua Comisión de Derechos Humanos y estableció la doble vertiente del derecho a saber:

No se trata solamente del derecho individual que toda víctima, o sus parientes o amigos, tiene a saber qué pasó en tanto que derecho a la verdad. El derecho de saber es también un derecho colectivo que tiene su origen en la historia para evitar que en

Complutense de Madrid, 2017; BERNALES ROJAS, G., «El derecho a la verdad» en *Estudios Constitucionales*, vol. 14, n.º 2, 2016, pp. 263-304; ANDREU GUZMÁN, F., *Derecho a la verdad y derecho internacional*, Comisión Colombiana de Juristas, 2012.

<sup>376</sup> General Comment on the right to the truth in relation to enforced disappearance. A/HRC/16/48, p. 16, punto 5.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>378</sup> Principio 2 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1).

<sup>379</sup> Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997.

el futuro las violaciones se reproduzcan. Por contrapartida tiene, a cargo del Estado, el «deber de la memoria» a fin de prevenir contra las deformaciones de la historia que tienen por nombre el revisionismo y el negacionismo; en efecto, el conocimiento, para un pueblo, de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado. Tales son las finalidades principales del derecho de saber en tanto que derecho colectivo. Dos series de medidas se proponen a este efecto. La primera concierne a la puesta en marcha, a corto plazo, de comisiones no judiciales de investigación. Salvo que haya una justicia rápida, y esto es poco común en la historia, los tribunales no pueden sancionar rápidamente a los asesinos y sus cómplices comanditarios. La segunda serie de medidas tiende a preservar los archivos que tengan relación con las violaciones de derechos humanos<sup>380</sup>.

Como podemos ver, se establece la necesidad y el deber de memoria, de cara a una sociedad justa, para no olvidar el pasado y evitar así la repetición de errores que llevaron a la tragedia. Para conseguir estos fines, JOINET hace una serie de recomendaciones y referencias a diversos conceptos. Entre ellos:

*Las comisiones no judiciales de investigación;* la finalidad prioritaria de la investigación es doble: de una parte, desmontar los mecanismos que han llevado a la práctica cuasi administrativa de actos aberrantes, para evitar su repetición; por otra parte, preservar las pruebas para la justicia, pero también para determinar que lo que era denunciado como patrañas por parte de los opresores, tenía la finalidad de desacreditar a los defensores y defensoras de derechos humanos y era verdad. Así se podrá restablecer la dignidad de los defensores de los derechos humanos<sup>381</sup>.

En este punto, podemos destacar las comisiones de la verdad, que buscan determinar la realidad de lo sucedido, sin fines de enjuiciamiento, independientemente que se acuda a lo producido por ellas para el esclarecimiento del contexto de graves violaciones de derechos humanos.

*Lucha contra la impunidad;* JOINET establece una lista de medidas restrictivas sobre algunas reglas del derecho para luchar contra la impunidad, para evitar que el uso de estas acarree injusticias. En este sentido, el experto es contundente al recordar que según el Derecho Internacional, la prescripción de delitos no se puede aplicar a graves crímenes contra la humanidad.

<sup>380</sup> Ibídem, párr. 17 y 18.

<sup>381</sup> Ibídem, párr. 19.

Asimismo, señala que la prescripción no puede ser válida durante el período en el cual no existía un recurso eficaz. Del mismo modo, se establece que la amnistía no puede ser concedida a autores de graves violaciones de derechos humanos toda vez que las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz. Añade además, que carece de efecto jurídico alguno sobre las acciones de las víctimas relacionadas con el derecho a reparación.

Esta fue la primera vez que se enumeró el conjunto de principios para la protección y la promoción de derechos humanos para la lucha contra la impunidad, entre los cuales se destacan:

**Principio 1 - El derecho inalienable a la verdad.**

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

**Principio 2 - El deber de recordar.**

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

**Principio 3 - El derecho de las víctimas a saber.**

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

**Principio 4 - Garantías destinadas a hacer efectivo el derecho de saber.**

Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder

judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial. Las sociedades que han experimentado crímenes odiosos perpetrados en forma masiva o sistemática pueden beneficiarse en particular con la creación de una comisión de la verdad u otra comisión de investigación con objeto de establecer los hechos relativos a esas violaciones de manera de cerciorarse de la verdad e impedir la desaparición de pruebas. Sea que un Estado establezca o no un Órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos<sup>382</sup>.

Este conjunto de principios, fue actualizado a petición de la Comisión de Derechos Humanos, por lo que el 8 de febrero de 2005 se presentó el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad<sup>383</sup>, reconociendo los principios generales del derecho a saber, entre ellos destaca el principio n.º 2 que recoge el derecho inalienable a la verdad.

De este modo, el derecho a la verdad iba cobrando más reconocimiento en el sistema universal, y en la resolución de 20 de abril de 2005<sup>384</sup>, la Comisión de Derechos Humanos reconoció «la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos». Como consecuencia de esta resolución, se presentó un Estudio sobre el derecho a la verdad<sup>385</sup> el 9 de enero de 2006, «en el estudio se determina que el derecho a conocer la verdad acerca de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves de las normas de derechos humanos es un derecho autónomo e inalienable, vinculado a la obligación y el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, realizar investigaciones eficaces y velar por que haya recursos efectivos y se obtenga reparación. Este derecho, estrechamente vinculado con otros derechos, tiene aspectos tanto individuales como colectivos, y ha

<sup>382</sup> Estos principios son parte de 42 principios que se encuentran en el Anexo I. Cuadro sinóptico del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, realizado por el experto JOINET.

<sup>383</sup> Informe de la Sra. Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad - Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1

<sup>384</sup> Resolución 2005/66.

<sup>385</sup> Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006.

de considerarse como un derecho que no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones»<sup>386</sup>.

Si bien es cierto que encontramos los orígenes del derecho a la verdad en el Derecho Internacional humanitario, en cuanto pretendía la protección de las personas desaparecidas y sus familiares, hoy en día podemos afirmar que este derecho ha evolucionado y se aplica a diversas situaciones de violaciones graves de derechos humanos. Según el estudio del derecho a la verdad, este incluye «el derecho a solicitar y a obtener información sobre lo siguiente: las causas que dan lugar al trato injusto que recibe la víctima; las causas y condiciones relativas a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario; los progresos y resultados de la investigación; las circunstancias y los motivos por los que se perpetraron los hechos delictivos en el derecho internacional y las violaciones manifiestas de los derechos humanos; las circunstancias en que se produjeron las violaciones; en caso de fallecimiento, desaparición o desaparición forzada, la suerte y el paradero de las víctimas; y la identidad de los autores»<sup>387</sup>. En el mismo sentido, se estableció la relación del derecho a la verdad con la obligación que ostenta el Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, lo que conlleva aparejada la obligación de realizar una investigación eficaz de las violaciones así como garantizar recursos efectivos y reparación.

Resulta de suma importancia resaltar el aspecto individual y colectivo del derecho a la verdad, como hemos señalado anteriormente el aspecto individual atañe a la víctima de la violación y el derecho a conocer la verdad de lo sucedido o en el caso de las desapariciones, el conocimiento de la suerte y el paradero de las personas desaparecidas. Mientras que el aspecto colectivo hace referencia al derecho que tiene la sociedad a conocer los acontecimientos del pasado en relación a graves delitos, así como las circunstancias en las que se cometieron y los motivos esgrimidos por los victimarios, de este modo se pretende que no se puedan repetir los mismos hechos en el futuro. Finalmente, el Estudio determinó la estrecha relación existente entre el derecho a la verdad y la obligación de los Estados de erradicar la impunidad, en este sentido manifestó que el derecho a la verdad no puede estar sujeto a restricciones

<sup>386</sup> Ibidem, resumen.

<sup>387</sup> Ibidem, párr. 38.



como las amnistías, ya que estas no se pueden utilizar para limitar o denegar el derecho a la verdad.

Posteriormente a este estudio, el Consejo de Derechos Humanos solicitó un nuevo informe a través de su Decisión 2/105 de 27 de noviembre de 2006 solicitando se hiciese referencia a las mejores prácticas nacionales e internacionales y en particular a las medidas legislativas, administrativas o de otra índole así como a los aspectos individuales y sociales de este derecho, teniendo en cuenta los puntos de vista de los Estados y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales para ser examinados en junio del 2007. En dicha fecha, se presentó el informe de seguimiento del estudio sobre el derecho a la verdad<sup>388</sup>, en el cual se recogió lo estudiado hasta ese momento, asimismo se reconoció la importancia de su estudio y el avance con respecto al mismo en distintos países.

En este mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos estableció en su resolución 9/11, de 24 de septiembre de 2008, la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos y encomendó a los Estados a entre otras cosas: difundir, aplicar y vigilar la aplicación de las recomendaciones formuladas por mecanismos no judiciales como las comisiones de la verdad y la reconciliación, y a facilitar información sobre la observancia de las decisiones de los mecanismos judiciales<sup>389</sup>; estudiar la posibilidad de crear mecanismos judiciales específicos y, según proceda, comisiones de la verdad y la reconciliación que complementen el sistema judicial para investigar y castigar las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario<sup>390</sup>; a prestar a los Estados la asistencia necesaria y adecuada que soliciten en relación con el derecho a la verdad mediante, entre otras medidas, la cooperación técnica y el intercambio de información sobre medidas administrativas, legislativas y judiciales y no judiciales, así como de experiencias y prácticas óptimas que tengan por objeto la protección, la promoción y el ejercicio de este derecho<sup>391</sup>; asimismo recomendó a los Estados la

<sup>388</sup> Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de Marzo de 2006, Titulada: Consejo De Derechos Humanos. El Derecho A La Verdad. Informe De La Oficina Del Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos A/HRC/5/7 7 De Junio De 2007.

<sup>389</sup> Resolución 9/11, de 24 de septiembre de 2008, punto 3.

<sup>390</sup> *Ibidem*, punto 4.

<sup>391</sup> *Ibidem*, punto 5.

firma o ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o de adherirse a ella<sup>392</sup>.

Esta resolución fue confirmada por la resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 12/12 sobre el derecho a la verdad<sup>393</sup>, en la cual se solicitaba la preparación de un informe sobre medidas de protección de testigos y acerca de la importancia de la creación, organización y gestión de sistemas públicos de archivos como medio de garantizar el derecho a la verdad, entre otros. En 2011, una vez instaurada la figura del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición, se le encomendó tratar aquellas situaciones en las cuales se haya producido violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario. El relator, en su primer informe anual hizo referencia a la necesidad de enfocar el derecho a la verdad de manera conjunta y no aislada, asimismo, destacó que la justicia obliga a conocer los hechos y dar a conocer la verdad a veces encubierta. El relator también estableció los objetivos de la búsqueda de la verdad<sup>394</sup> y las iniciativas en materia de justicia, reparación y garantías de no repetición. Para ello, hizo referencia a diversos puntos a tener en cuenta para la restauración de una sociedad.

En primer lugar, situó el reconocimiento de las víctimas; es decir la necesidad de su reconocimiento como titular de derechos, lo que implica la búsqueda de vías de reparación por su sufrimiento y el restablecimiento de los derechos vulnerados.

En segundo lugar, el fomento de la confianza; la cual hace referencia a la relación entre los particulares y las instituciones del Estado, que en ocasiones han sido las responsables de las graves violaciones de derechos humanos.

En tercer lugar, sitúa la reconciliación; el relator señaló que esta no es una alternativa a la justicia, asimismo consideró que es un fin que únicamente puede lograrse con la aplicación del enfoque global de la verdad, justicia, reparación y

<sup>392</sup> Ibidem, punto 6.

<sup>393</sup> Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 12/12. El derecho a la verdad. A/HRC/RES/12/12 de 12 de octubre de 2009.

<sup>394</sup> Para más profundidad, ver el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, de 9 de agosto de 2012. A/HRC/21/46.

garantías de no repetición. A su vez, manifestó que la reconciliación significa que las personas puedan recobrar la confianza mutua en su calidad de titulares iguales de derechos. Dentro de la reconciliación podemos integrar medidas que sumen a este fin, como son las conmemoraciones, el levantamiento de monumentos y el punto más importante, una reforma del sistema educativo. En mi opinión, esto es fundamental para la enseñanza de la historia, de la memoria contada por las víctimas para el esclarecimiento de la verdad y aprender qué fue lo que llevó a una sociedad a la catástrofe. El último objetivo de la búsqueda de la verdad que a la vez se convierte en una finalidad, es el fortalecimiento del estado de derecho; para lo cual es necesario aplicar medidas destinadas a restablecer el estado de derecho, lo que será posible únicamente con la voluntad política.

#### **2.4.2 Las garantías de no repetición<sup>395</sup>**

Uno de los cuatro elementos del mandato del relator, son las garantías de no repetición, cuya función es esencialmente preventiva<sup>396</sup>. Únicamente la aplicación de los cuatro elementos, conseguirá el fortalecimiento del estado de derecho al terminar con la impunidad, ya que aquello permite la cohesión social al demostrar -tanto a víctimas como a las que no lo son- que se imparte justicia. La primera vez que se hizo referencia al término «garantías de no repetición» fue en el seno de la ONU en 1993<sup>397</sup>, a partir de ese momento se iniciaría su desarrollo. Sin embargo, en la década

<sup>395</sup> Para más información véase: MAHONY, C. *et al.*, *Conflict Prevention and Guarantees of Non-Recurrence*. United Nations. World Bank. Pathways for Peace: Inclusive Approaches to Preventing Violent Conflict. Background Papers, 2017 [En línea] Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3158012>; MAYER-RIECKH, A., "Guarantees of Non-Recurrence: An Approximation" en *Human Rights Quarterly*, vol. 39, n.º 2, 2017, pp. 416-448; GRANADOS SOLER, D., "La Educación Como Una Garantía De No Repetición En Tiempos De Negociación De La Paz" en *Trabajo Social*, Universidad Nacional De Colombia, n.º 18, 2016, pp. 56-74. Este concepto ha sido mayoritariamente desarrollado en la jurisprudencia del sistema interamericano, véase: LONDOÑO LÁZARO, M. y HURTADO, M., "Las Garantías De No Repetición En La Práctica Judicial Interamericana y Su Potencial Impacto En La Creación Del Derecho Nacional" en *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, vol. 50, n.º 149, 2017, pp. 725-775; LONDOÑO LÁZARO, M., *Las Garantías de no Repetición en la Jurisprudencia Interamericana*, Tirant lo Blanch, 2014.

<sup>396</sup> El Relator Especial ha sostenido que, mientras que la verdad, la justicia y la reparación se refieren sobre todo a medidas, el concepto de garantías de no repetición hace referencia principalmente a una función y esa función es la prevención. Además, ha argumentado que, si bien, desde un punto de vista doctrinal, las garantías de no repetición pueden ser el pilar menos desarrollado de la justicia de transición, en la práctica, en particular desde la perspectiva de la prevención, a nivel institucional y en otras esferas abundan los conocimientos y las experiencias en la materia, aunque fragmentados. Véase: Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición y del Asesor Especial del Secretario General sobre la Prevención del Genocidio. A/HRC/37/65, de 6 de junio de 2018, párr. 15.

<sup>397</sup> Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. E/CN.4/Sub.2/1993/8, párrs. 47 y 48, y 55; y sección IX, principio 11.

de 1980, el Comité de Derechos Humanos ya había hecho referencia al concepto en casos de violaciones de derechos humanos, en los cuales exigía a los Estados la adopción de medidas para garantizar que las violaciones no se repitiesen en el futuro<sup>398</sup>. Asimismo, las garantías de no repetición se recogieron en el artículo 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Las garantías de no repetición, buscan terminar con la vulneración de derechos y procurar que estos hechos no se vuelvan a repetir. Para este fin, se debe acudir a medidas muy variadas, las cuales incluyen trabajo con las instituciones y la sociedad.

El exrelator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, en su informe de 7 de septiembre de 2015, realizó una serie de recomendaciones respecto al desarrollo de las garantías de no repetición. El relator planteó intervenciones institucionales en la sociedad y en las esferas culturales e individuales. Asimismo, consideró que es necesario partir de dos condiciones básicas: la seguridad en cuanto al cumplimiento de las normas relativas a los derechos humanos y la identidad jurídica que es esencial para el ejercicio de estos derechos. En cuanto a las intervenciones institucionales destacan: la ratificación de tratados, las reformas jurídicas, judiciales y la reforma constitucional.

Respecto a las intervenciones en la sociedad, el relator considera el cese de las agresiones y la eliminación de obstáculos como punto de partida, a partir de allí propone fortalecer la sociedad civil a través del empoderamiento jurídico, la creación de entornos propicios para fomentar la participación de la sociedad civil, ya que son agentes importantísimos para conseguir los propósitos de justicia, verdad y reparación. Finalmente, el relator planteó intervenciones en las esferas cultural e individual, entre las que destacan la educación; «la educación tiene el potencial de actuar como un instrumento eficaz para garantizar la no repetición»<sup>399</sup>. Con ello, se pretende fomentar el diálogo como forma de prevención, pero también como forma de resolución de conflictos. También puede servir como mediador entre extremos ideológicos que permitan la construcción de una ciudadanía democrática.

<sup>398</sup> Véase: CDH. Comunicación n.º 88/1981, Larrosa c. el Uruguay, párr. 13; comunicación n.º 124/1982, Muteba c. el Zaire, párr. 13 y n.º 176/1984, Peñarrieta y otros c. Bolivia, párr. 18.

<sup>399</sup> Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, párr. 93.

En el mismo sentido, se dota de gran importancia a la enseñanza de la historia, el relator señala que «la supresión de acontecimientos históricos, como se lleva a cabo en algunos contextos, refuerza la identidad social de quienes lucharon entre sí. Con esas prácticas se corre el riesgo de perpetuar las divisiones y los conflictos en lugar de prevenir su repetición»<sup>400</sup>. No cabe duda que esta es una de las más importantes acciones en materia de garantías de no repetición, ya que a través de la educación se forma a personas críticas y capaces de razonar hechos objetivos. En contextos de conflicto, resulta indispensable terminar con las divisiones y fomentar una educación pacífica y respetuosa de todas las diferencias.

Otros aspectos a tener en cuenta para la prevención de las graves violaciones en la esfera cultural, es el fomento de representaciones artísticas, exposiciones, momumentos, museos, que narren lo acontecido y hagan visibles a las víctimas, con lo que se podrá llegar de manera distinta a la sociedad. En el mismo sentido, se recomienda la creación de archivos para la salvaguarda de la memoria, para evitar el revisionismo histórico, la negación de los hechos o la manipulación. Una sociedad conocedora de su historia tendrá menos posibilidades de repetir sus errores.

Finalmente, el último aspecto y al que probablemente se le otorgue menos importancia es el asesoramiento postraumático y apoyo psicosocial tanto a las víctimas como a los victimarios.

En el caso de la víctima, ello puede significar una vez más participar plenamente en la sociedad; en el del autor, puede entrañar reconocer y asumir su responsabilidad. Esta transformación puede contribuir a evitar ciclos en los que «las víctimas se conviertan en autores» que perpetúan los ciclos de violaciones masivas<sup>401</sup>.

Si bien parte de la doctrina y la jurisprudencia proveniente del sistema interamericano de protección de derechos humanos ha desarrollado las garantías de no repetición, es fundamental el papel que juega el Estado, ya que es el que posibilita la implementación de estas garantías de un modo progresivo y alineado a los estándares internacionales, sin su apoyo resulta difícil una reforma institucional plena y la consiguiente reestructuración de una sociedad en ocasiones rota y enfrentada.

<sup>400</sup> Ibidem, párr. 94.

<sup>401</sup> Ibidem, párr. 101.



## CAPÍTULO IV. LA DESAPARICIÓN FORZADA A LA LUZ DE LOS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

### 1. LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El sistema de protección de derechos humanos en el continente americano<sup>402</sup>, se viene construyendo desde 1948, año en el que se creó la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>403</sup> y se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y

<sup>402</sup> Para un amplio estudio sobre el sistema interamericano, véase entre otros: QUISPE REMÓN, F., «La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: Su evolución y una visión actual» en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, pp. 225-259; GROSSMAN, C., "The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future" en *Indiana Law Journal*, vol. 83, n.º 4, 2008, pp. 1267-1282; GOLDMAN, R., «Historia y Acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Actual» en COVARRUBIAS VELASCO, A. y ORTEGA NIETO, D. (Coords.). *La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI*, México D.F.: 2007, pp. 109-148; MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C., *Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007; FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004; AYALA CORAO, C., «El Sistema Interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos» en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 8, 2000, pp. 43-60; DULITZKY, A., «Una Mirada al Sistema Interamericano de Derechos Humanos» en *América Latina Hoy: Revista De Ciencias Sociales*, 1998, pp. 9-18; MÉNDEZ, J., y COX, F., *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998; HARRIS, D. & LIVINGSTONE, S., (ed.). *The Inter-American System of Human Rights*, New York: Oxford University Press, 1998; MEDINA, C., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1993; CANCADO TRINDADE, A., «El Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos» en *Recueil des Cours 1993, Collection of Lectures, Texts and Summaries*, Strasbourg, France: Institut International de Droits de l'Homme, 1993; CANCADO TRINDADE, A., *La protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*, Comisión de las Comunidades Europeas, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica, 1993; PINTO, M., *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993; NIETO-NAVIA, R., *Introducción Al Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pontificia Universidad Javeriana, Programa De Estudios Políticos, 1988; FIX ZAMUDIO, H., «La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el Sistema Interamericano» en *Revista n.º 8, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica: 1988; CARRIÓ, G., *El sistema americano de derechos humanos*, Buenos Aires: EUDEBA, 1987; BUERGENTHAL, T., NORRIS, R. & SHELTON, D., *Protecting human rights in the Americas: selected problems*, 2nd edition, Kehl: N.P. Engel, 1986.

<sup>403</sup> La OEA es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. La OEA fue creada en 1948 cuando se subscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. Hoy en día, reúne a los 35 Estados independientes de las Américas y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del Hemisferio. Además, ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 69 Estados, así como a la Unión Europea (UE). Para lograr sus más importantes propósitos, la OEA se basa en sus principales pilares que son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo. Información disponible en la página web de la organización, para más información y detalles se puede consultar: [www.oas.org](http://www.oas.org)



Deberes del hombre (DADH)<sup>404</sup>. En 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual es uno de los órganos más importantes de la OEA, encargado de la protección y promoción de los derechos humanos en la región<sup>405</sup>. Más adelante, en 1969 se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>406</sup>, la cual establece los deberes de los Estados y los derechos de las personas. La CADH en su artículo 33, señala los órganos de protección del sistema: la CIDH, que ya había iniciado sus labores en 1960 y la Corte Interamericana de derechos humanos (CorteIDH o la Corte)<sup>407</sup> que se estableció una vez que la CADH entró en vigor, siendo su primera reunión en 1979. A partir de este momento, se fueron creando diversos instrumentos de protección de derechos específicos, siendo la más relevante para nuestro estudio la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP)<sup>408</sup>.

<sup>404</sup> Adoptada el 2 de mayo de 1948. «Es el primer instrumento internacional de derechos humanos de carácter general. Aproximadamente ocho meses después de su adopción, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Declaración Americana establece que «los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana». Por lo tanto, los Estados americanos reconocen que cuando el Estado legisla en esta materia, no crea o concede derechos sino que reconoce derechos que existen independientemente de la formación del Estado. Tanto la Comisión como la Corte han establecido que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA» Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano. OEA, CIDH. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp> (Visitado por última vez el 18 enero 2018.)

<sup>405</sup> Se tuvo que esperar diez años para contar con un órgano efectivo que velara por los derechos enunciados, reconocidos y consagrados años antes en la DADH. Crítico con este extremo: AYALA CORAO, C., «El Sistema Interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos», ob. cit., p. 44.

<sup>406</sup> Adoptada el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978

<sup>407</sup> Para más información sobre este órgano, véase: BURGORGUE-LARSEN, L., ÚBEDA DE TORRES, A. & GREENSTEIN, R., *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*, Oxford University Press, 2011; GARCÍA RAMÍREZ, S., y LONDOÑO, M., *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* T. VI: Universidad Nacional Autónoma De México/Universidad De La Sabana/Corte Interamericana De Derechos Humanos, 2010; GARCÍA RAMÍREZ, S., *La Corte Interamericana De Derechos Humanos, un Cuarto De Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana De Derechos Humanos, 2005; CANCADO TRINDADE, A., y VENTURA ROBLES, M., *El Futuro De La Corte Interamericana De Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado De Naciones Unidas Para Los Refugiados, 2003; PASQUALUCCI, J., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge University Press, 2003; LEIGH, M., "Inter-American Court of Human Rights" en *The American Journal of International Law*, vol. 77, n.º 3, 1983, pp. 637-642; Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La Corte Interamericana De Derechos Humanos, Estudios y Documentos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1980; entre otros.

<sup>408</sup> Adoptada el 9 de junio de 1994. Entrada en vigor: 28 de marzo de 1996. «Este instrumento es el primero a nivel internacional en referirse específicamente a esta forma compleja de violación a los derechos humanos. Los Estados partes se comprometen en este Tratado no sólo a abstenerse de practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada sino también a sancionar a los autores, cómplices y encubridores de este delito, dentro de sus respectivas jurisdicciones. Los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar la desaparición forzada como delito y a



## 1.1 La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la desaparición forzada

### 1.1.1 El concepto utilizado por la Corte y su evolución

El concepto<sup>409</sup> utilizado por la Corte IDH se recoge en el artículo 2 de la CIDFP:

Se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Desde su creación, la Corte IDH ha conocido numerosos casos relativos al delito de desaparición forzada de personas<sup>410</sup> y desde su primera sentencia -el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, de 26 de junio de 1987-, estableció que la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asimismo, consideró que el secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar este crimen. Este tratado asimismo incluye al delito de desaparición forzada entre aquellos que justifican la extradición, de modo de evitar que personas acusadas de este crimen evadan la acción de la justicia huyendo al territorio de otro Estado parte. Además reconoce la facultad de la Comisión de adoptar medidas cautelares en casos de desapariciones forzadas» Ibidem, nota al pie 404.

<sup>409</sup> El concepto utilizado por la doctrina en el ámbito latinoamericano es bastante homogéneo en consonancia con los requisitos establecidos por la CIDFP, *vid.* PASQUALUCCI, J., "The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law" en *The University of Miami, Inter-American Law Review*, vol. 26, n.º 2 (Winter, 1994/1995); ABELLÁN HONRUBIA, V., «Aspectos jurídico-internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado» en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1983.

<sup>410</sup> Véase Anexo I.

Del mismo modo, la Corte afirmó que la práctica de desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron<sup>411</sup>.

Asimismo, la desaparición forzada constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos, puede atentar contra el derecho a la libertad e integridad personal, derecho a la vida, a la protección judicial y al debido proceso entre otros; siendo este último un derecho aplicable a todas las personas que se encuentran ante una autoridad<sup>412</sup>. Si bien en la mayoría de casos el resultado final supone la muerte de la víctima, es probable también que esta no muera y sea encontrada con vida tiempo después, como señala MEINI:

El concepto jurídico de desaparecido que aquí interesa no es sinónimo de desconocimiento del destino del sujeto, sino de desconocimiento de su localización en tanto sujeto a quien se le protege jurídicamente la personalidad. Una vez producida la muerte, lo único que puede permanecer desaparecido es el cadáver, por eso, la determinación de si el sujeto permanece con vida, o si por el contrario ha muerto y cuándo, repercute directamente en la consumación del delito<sup>413</sup>.

Un claro ejemplo de esta teoría como veremos más adelante, es el Caso Blake, en el que la fecha de la muerte de la víctima fue determinante a la hora de atribuir responsabilidad al Estado, puesto que la misma había ocurrido antes de que Guatemala aceptara la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH. En diversas sentencias la Corte ha manifestado el carácter de violación múltiple de este delito<sup>414</sup>. Asimismo, después de la entrada en vigor de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Corte determinó que se debía tipificar la

<sup>411</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 155-157.

<sup>412</sup> Sobre este extremo, véase: QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant Lo Blanch, 2010.

<sup>413</sup> MEINI, I., «Perú» en AA.VV., *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, 2009, p. 118.

<sup>414</sup> *Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 163; *Caso Fairén Garbí y Salís Carrales vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 147; *Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 65; *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 142; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 82 y ss.; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 112; *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 94.

desaparición forzada como delito autónomo, puesto que no basta recurrir para el castigo de esta conducta a delitos como el secuestro, la tortura o el homicidio, ya que la desaparición forzada de personas constituye «un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos»<sup>415</sup>, estableciendo que «el análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada sólo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte»<sup>416</sup>. Este mandato de criminalización se concreta en la elaboración de unos estándares mínimos que deben ser cumplidos por el Estado parte al momento de tipificar el referido delito de desaparición forzada de personas<sup>417</sup>.

Asimismo, el derecho de los familiares de las víctimas a las garantías judiciales también se ve perjudicado<sup>418</sup>, y la afectación a la integridad psíquica y moral de los

<sup>415</sup> Cfr. *Caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 92.

<sup>416</sup> Cfr. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, supra*, párr. 112, y *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 56.

<sup>417</sup> *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, supra*, párr. 92. En esta sentencia expresa la CorteIDH: «El derecho internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el derecho internacional a prevenir, erradicar y sancionar». Incluso en este caso, la Corte atribuye carácter de *ius cogens* a la prohibición de desaparición forzada de personas, así como el deber de investigar y sancionar a sus responsables. (Ibíd., párr. 84 y 93)

<sup>418</sup> Cfr. *Caso Blake vs. Guatemala, supra*, párr. 97, el artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto «todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia» (DPPDF, artículo 1.2); *Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 130; *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 188; *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 191; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 64; *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 139.

familiares es una consecuencia directa de su desaparición forzada, siendo reconocido por la Corte IDH por primera vez en el Caso Blake<sup>419</sup>.

### ***1.1.2 La desaparición forzada como delito continuado o permanente***

En los *travaux préparatoires* de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se señaló: «Este delito es permanente por cuanto se consuma no en forma instantánea sino permanente y se prolonga durante todo el tiempo en que la persona permanece desaparecida»<sup>420</sup>. Tal consideración se hizo reflejar en el actual art. 3 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas estableciendo que «dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima». En el mismo sentido, el artículo 17.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992, agregó un elemento en relación al deber de investigación, al señalar que el delito debe ser considerado «permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos».

La Corte IDH ha reiterado que la desaparición forzada de personas constituye un hecho ilícito de naturaleza continua o permanente y de carácter *pluriofensivo*<sup>421</sup>, «pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida de la persona detenida. El carácter permanente y *pluriofensivo* de la desaparición forzada de personas se ve reflejado

<sup>419</sup> *Caso Blake vs. Guatemala, supra*, párr. 114, «Esta cuestión que plantea la Comisión, sólo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos». Párr. 116, «Por lo tanto, la Corte estima que tal sufrimiento, en detrimento de la integridad psíquica y moral de los familiares del señor Nicholas Blake, constituye una violación, por parte del Estado, del artículo 5 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma».

<sup>420</sup> OEA/CP-CAJP, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93 rev.1, de 25.01.1994, p. 10.

<sup>421</sup> La Corte hace referencia a que el *nomen iuris* de desaparición forzada afecta a numerosos derechos y en efecto puede violar muchos de ellos, sin embargo, cabe resaltar que también estaremos ante una desaparición forzada si no se atenta contra el derecho a la vida y la persona desaparecida aparece con vida. Para MEINI, esta es una afirmación errónea ya que considera que el delito de desaparición forzada no es *pluriofensivo* porque no protege ni la vida ni la integridad psicofísica. Véase: MEINI, I., ob. cit., p. 117.

como hemos mencionado en los artículos 2 y 3 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada»<sup>422</sup>.

En cuanto a la consumación, la desaparición forzada se consuma precisamente cuando el autor «hace desaparecer» a la persona privada de libertad, al omitir brindar información y sustraer de este modo a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa e impedir que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección.

Para LÓPEZ DÍAZ:

En el delito permanente la consumación puede ser instantánea, cuando por ejemplo la conducta de desaparición forzada se puede catalogar como delito de lesa humanidad, vale decir, cuando es sistemática y generalizada, pues la conducta se despliega casi instantáneamente, pero tras la consumación la situación debe ser mantenida por el autor<sup>423</sup>.

GALAIN PALERMO <sup>424</sup> sostiene que el delito se consuma con la primera negación a brindar información acerca del paradero o situación de la víctima, pero que los efectos del injusto son permanentes y que se extienden aún más allá de la finalización del ejercicio concreto de la función pública. Es decir, entiende que no puede hacerse depender el injusto de la circunstancia accidental de que la víctima aparezca con vida o de que alguien informe sobre ella, a pesar de que el autor ya no se encuentre en ejercicio de sus funciones sigue estando obligado por el mandato de informar mientras subsista el derecho de la sociedad a exigir el esclarecimiento y la debida administración de justicia respecto de los hechos acontecidos. Para una parte de la doctrina, esta afirmación es inexacta puesto que consideran que el delito de desaparición forzada es de consumación instantánea, ya que se consuma desde el primer momento en el que empezó el estado antijurídico, que este perdure mucho o

<sup>422</sup> *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 52.

<sup>423</sup> LÓPEZ DÍAZ, C., «Colombia» en AA.VV., *Desaparición forzada de personas*, ob. cit., p. 90. En los delitos de resultado de carácter permanente pueden no coincidir en el mismo momento, como sí debe suceder en los delitos de resultado instantáneo o de estado. Cfr. GÜNTHER, J., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Derecho Penal Parte General, Berlin/Nueva York, 1991, p. 170.

<sup>424</sup> Cfr. GONZÁLEZ, J. y GALAIN PALERMO, P., «Uruguay», en *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana, Georg-August-Universität-Göttingen, Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2008, p. 323.

poco tiempo es algo irrelevante para la consumación; relevante es su existencia, aunque sea instantánea<sup>425</sup>.

Para MONTOYA, el incumplimiento del autor de desvelar el paradero de la víctima no enerva que ya se consumó el delito. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ VÉLEZ considera que se trata de un delito instantáneo con efectos permanentes, de modo que el delito se consuma de modo instantáneo, mientras que lo permanente es el estado antijurídico de la desaparición. Esta condición de delito permanente solo influye al momento de la prescripción, «que solamente podría operar desde la fecha del cese de la actividad perturbadora; en este caso, cuando se establece el destino o paradero de la víctima»<sup>426</sup>. De esta manera, el crimen se consuma de modo instantáneo pero mantiene sus efectos de modo permanente.

Ambas tesis ofrecen un argumento válido para enfrentar los casos en que la desaparición empieza antes de la tipificación del delito. Como veremos más adelante, no es posible imputar la comisión del delito de desaparición forzada antes de la entrada en vigor de su tipificación, en virtud del principio de legalidad, pero si es posible cuando sus efectos continúen manifestándose en el tiempo, aunque el comportamiento haya empezado con antelación.

Así ha expresado la Corte:

[ - ] a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aun si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha. En dicho supuesto, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada hasta tanto dicha violación hubiera continuado<sup>427</sup>.

A pesar de lo establecido en esta sentencia, en algún caso la Corte IDH se ha manifestado contradictoriamente a propósito del carácter «continuado» de la

<sup>425</sup> Cfr. MONTOYA, J., «El delito de desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático-penales» en *Cuadernos de Trabajo*, n.º 11, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 12.

<sup>426</sup> FERNÁNDEZ VÉLEZ, G., *La desaparición forzada*, ob. cit., pp. 133 y ss.

<sup>427</sup> *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, *supra*, párr. 34

desaparición forzada de personas, concretamente sobre hechos acaecidos antes del reconocimiento de la competencia de la Corte<sup>428</sup>. Tampoco es necesaria la aparición del cadáver para determinar la muerte de una víctima de desaparición forzada, así la Corte consideró:

[ - ] demostrada la violación del artículo 4 de la Convención que protege el derecho a la vida, ya que el señor Castillo Páez fue detenido arbitrariamente por agentes de la Policía del Perú; que dicha detención fue negada por las mismas autoridades, las cuales, por el contrario, lo ocultaron para que no fuese localizado, y que desde entonces se desconoce su paradero por lo que se puede concluir que, debido al tiempo transcurrido desde el 21 de octubre de 1990 a la fecha, la víctima ha sido privada de la vida<sup>429</sup>.

### ***1.1.3 El principio de irretroactividad respecto a las desapariciones forzadas***

El principio de irretroactividad<sup>430</sup> de la ley penal, prohíbe que puedan sancionarse conductas basadas en normas que se hayan dictado y entrado en vigor con posterioridad a la comisión de ese acto. Es el elemento en el cual existe más discusión por parte de la doctrina, al considerar algunos autores que no se puede aplicar la ley retroactivamente y otros que sí. La Corte se ha manifestado de la siguiente forma:

Este Tribunal ha considerado en numerosas ocasiones que puede ejercer su competencia *ratione temporis* para examinar, sin infringir el principio de irretroactividad, aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuo o permanente, es decir, aquellos que tuvieron lugar antes de la fecha de reconocimiento de la competencia de la Corte y persisten aún después de esa fecha<sup>431</sup>.

<sup>428</sup> *Caso Blake vs. Guatemala, supra*, párrs. 53 y ss.; comentarios de las sentencias sobre este caso, *vid.*, MEDINA QUIROGA, C., *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, pp. 132 y ss.; igualmente, POPKIN, M., "El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *ratione temporis*", en Cejil, n.º 1, 2005, pp. 45 y ss.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P., "El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en MARTÍN, C., RODRÍGUEZ PINZÓN, D. y GUEVARA, J. (comps.). *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, México: Fontamara, 2004, pp. 288 y ss.

<sup>429</sup> *Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 71.

<sup>430</sup> Para un amplio estudio del tema, véase: ANDREU GUZMÁN, F., *Retroactividad penal de crímenes internacionales*, Comisión Colombiana de Juristas, 2012.

<sup>431</sup> *Caso Ticona Estrada y otros, supra*, párr. 29; en el mismo sentido, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra*, párr. 201 «Asimismo, la Corte ya ha establecido en otro caso contra el Estado de Bolivia que, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva».



En ocasiones, en el momento en el que se lleva a cabo el delito de desaparición forzada, no está tipificada dicha figura en el ordenamiento interno, por lo que existe la duda de qué ley aplicar.

La CorteIDH ha respondido a esta pregunta a través de su Jurisprudencia, siendo el Caso Tiu Tojín el más representativo. En este caso, en la época de las conductas punibles (1990), no existía el tipo penal de desaparición forzada de personas, puesto que Guatemala tipificó el delito de desaparición forzada en su Código Penal en 1996. Recordemos que Guatemala es parte de la CADH desde 1978, reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte en 1987 y es Estado parte de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas desde el año 2000. A pesar de que la desaparición había sucedido años antes de su tipificación en el ordenamiento interno, la Corte determinó que la conducta era una desaparición forzada «por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable»<sup>432</sup>. En consecuencia, la Corte estimó que actuaba conforme al principio de legalidad y que la figura de la desaparición forzada era el tipo penal aplicable a los hechos ya que el destino de las víctimas seguía siendo desconocido. En este mismo sentido se han pronunciado diversos tribunales pertenecientes a Estados del continente americano<sup>433</sup>:

*a. El caso de Perú*

La CorteIDH condenó al Estado peruano en 1997 por la desaparición forzada del señor Castillo Páez, el caso volvió al ordenamiento interno, en el cual los abogados defensores manifestaron su desacuerdo con la tipificación del delito, puesto que cuando sucedió el hecho imputado, no se encontraba vigente el delito de desaparición forzada, por lo que consideraron que esta calificación atentaba contra el principio de legalidad. La Sala Penal Nacional no les dio la razón, por lo que los acusados presentaron recursos ante la Corte Suprema, la cual manifestó:

<sup>432</sup> Cfr. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, *supra*, párr. 87.

<sup>433</sup> Se realizó este análisis de jurisprudencia interna en el sistema interamericano en: SANTA CRUZ-ARAMBURU, S., *ob. cit.*, pp. 27 y ss.



[ - ] es de enfatizar que en el caso concreto, los hechos ocurrieron el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa (cuando no estaba vigente el Código Penal de mil novecientos noventa y uno, que tipificó la desaparición forzada, sin embargo, al tratarse de un delito permanente, se entenderá perpetrado bajo la vigencia del nuevo Código Penal y se aplicarán sus disposiciones; si bien en materia jurídico-penal constitucional, rige como regla general la «*Iex praevia*» (según la cual la norma prohibitiva debe ser anterior al hecho delictivo), empero, la situación que se contempla en el relato efectuado es de permanencia en una actividad delictiva que se está desarrollando, en tanto y en cuanto, persiste la antijuricidad del comportamiento o acción que se prolonga en el tiempo y que ha sido regulada normativamente por la nueva ley (hasta la fecha no se conoce el paradero de la víctima); en tal sentido, es de precisar que si los inculpadados han llevado a cabo la conducta típica que da lugar al delito, que tiene carácter permanente, vigente la nueva ley que lo regula, no hay duda que esta es la que debe aplicarse, porque estando en vigor la nueva norma penal, los sujetos activos del delito han realizado todos los actos a los que se refiere la descripción típica del precepto, sin que ello suponga retroactividad alguna *ad malam partem*<sup>434</sup>.

En este mismo sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional del Perú en distintos casos<sup>435</sup>.

[ - ] en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal. Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima<sup>436</sup>.

<sup>434</sup> Cfr. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, sentencia de 18 de diciembre de 2007, R. N. n.º 2779-2006, pp. 4-5.

<sup>435</sup> Véase entre otros: Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 18 de marzo de 2004, expediente n.º 2488-2002-HC/TC, Genaro Villegas Namuche; Sentencia de 2 de julio de 2004, expediente n.º 2529-2003-HC/TC, Peter Cruz Chávez; Sentencia de 12 de agosto de 2005, expediente n.º 4677-2005-PHC/TC, Juan Nolberto Rivero Lazo; Sentencia de 30 de marzo de 2007, expediente n.º 0442-2007-HC/TC, Collins Collantes Guerra.

<sup>436</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004, expediente n.º 2488-2002-HC/TC, Genaro Villegas Namuche, párr. 26.  
Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>.

Este precedente fue ratificado en la sentencia de 9 de diciembre de 2004, en la que se negó un recurso de *habeas corpus* interpuesto por uno de los presuntos implicados en los casos de «Barrios Altos» y «La Cantuta».

[ – ] no se vulnera la garantía de la *lex previa* derivada del Principio de Legalidad Penal, [sic] en caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento, para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables<sup>437</sup>.

*b. El caso de México*

La Suprema Corte de Justicia de México examinó esta problemática respecto al principio de irretroactividad, al analizar la entrada en vigencia de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y estableció que:

[l]as disposiciones establecidas en la Convención no podrán aplicarse a aquellas conductas constitutivas de una desaparición, cuya consumación hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, pero no debe interpretarse en el sentido de que no se aplique a las conductas típicas de tal delito que habiéndose iniciado antes de su vigencia, se continúen consumando durante ella, pues al tener el delito de desaparición forzada de personas el carácter de permanente o continuo puede darse el caso de que las conductas del ilícito se sigan produciendo durante la vigencia de la Convención<sup>438</sup>.

*c. El caso de Bolivia*

La Corte IDH aceptó el reconocimiento de responsabilidad efectuado por Bolivia en la desaparición forzada del estudiante Trujillo Oroza y el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 12 de noviembre de 2001, realizó el análisis

<sup>437</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente n.º 2798-04-HC/TC, Gabriel Orlando Vera Navarrete, párr. 22.

Disponible en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02798-2004-HC.pdf>

<sup>438</sup> Cfr. Corte Suprema de México, Tesis: P./J. 49/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno.

del auto mediante el cual prescribía la acción. Si bien es cierto que el tipo aplicable fue privación de libertad y no desaparición forzada, el Tribunal consideró que:

[...] en los delitos permanentes<sup>439</sup>, la prescripción comienza a correr desde el momento en que cesa su consumación. En este orden, corresponde precisar que los delitos por la duración de la ofensa al bien jurídico atacado, se clasifican en tipos instantáneos y tipos permanentes. En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ej. El delito de homicidio); en cambio, en los delitos permanentes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva<sup>440</sup>.

#### *d. El caso de Panamá*

La Corte Suprema de Justicia de Panamá señaló que «no puede en este aspecto [en el delito de desaparición forzada], bajo ninguna circunstancia, operar principios penales como el principio de legalidad o irretroactividad penal»<sup>441</sup>.

#### *e. El caso de Venezuela*

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela resolvió que:

[...] si durante la privación ilegítima de libertad del sujeto pasivo, el sujeto activo sigue negando a revelar la suerte o paradero de la persona privada de libertad o a reconocer que se encuentra bajo ese estado, y a su vez, entra en vigencia en esta situación la tipificación legal del delito de desaparición forzada de personas, debe concluirse que los sujetos implicados en ese comportamiento pueden ser juzgados y declarados culpables y responsables del delito de desaparición forzada de personas, sin que ello implique retroactividad de la ley penal, pues se trata de la aplicación de la ley que configura el delito inconcluso. Según se desprende de las actas que conforman el expediente, la hipótesis es válida en el presente caso, ya

<sup>439</sup> El Tribunal estableció el carácter permanente del delito de privación ilegal de libertad y añadió que no se podía contabilizar la prescripción, ya que la víctima desaparecida aún no había sido puesta en libertad.

<sup>440</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia sentencia de 12 de noviembre de 2001, n.º 1190/01-R. Disponible en: [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(440jyn1uxccqjmuus2ltyabq\)\)/WfrJurisprudencia.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(440jyn1uxccqjmuus2ltyabq))/WfrJurisprudencia.aspx) (Visto por última vez: 13 de febrero de 2019).

<sup>441</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Penal, sentencia de 2 de marzo de 2004.

que, según el Ministerio Público, el comportamiento de los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justiniano de Jesús Martínez está en proceso de consumación, toda vez que, a pesar de que la acción sucedió en diciembre de 1999, aún no ha aparecido la víctima directa del delito, lo que configura como permanente al ilícito penal, por lo que a juicio de esta Sala es válido el procesamiento por el delito de desaparición forzada de personas, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley<sup>442</sup>.

*f. El caso de Colombia*

En relación al carácter continuado y permanente de la desaparición forzada, la Corte Constitucional señaló que:

Este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales. En esa medida, la conducta de desaparición forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancia<sup>443</sup>.

Además de estos razonamientos esgrimidos por algunos Estados, se encuentra también la tesis de la costumbre, defendida entre otros por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la cual sostiene que el principio de legalidad se satisface en caso de crímenes internacionales, con una norma consuetudinaria previa al hecho y que el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas existía como derecho consuetudinario internacional antes de la comisión de los

<sup>442</sup> Cfr. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia 1747 de 10 de agosto de 2007. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1747-10082007-06-1656.HTM> (Visto por última vez: 13 de febrero de 2019).

<sup>443</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 580/02 de 31 de julio de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-580-02.htm>

hechos<sup>444</sup>, recordemos que en Argentina los casos más graves de desaparición forzada se cometieron entre los años 1976 y 1977<sup>445</sup>. Según esta tesis, los crímenes internacionales se regían por reglas propias de derecho internacional y no estaban vinculados a las restricciones del derecho constitucional argentino. En ese sentido, la sentencia en el Caso Simón que declaraba la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final, declaraba que:

El castigo a ese tipo de crímenes [la sentencia se refiere específicamente al crimen de desaparición forzada] proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores<sup>446</sup>.

Sin embargo, en el momento de los hechos a los que se refieren las decisiones que sostienen la tesis de la costumbre en el caso argentino, MALARINO entiende que aún no existía una clara y unificada definición del crimen de desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad para poder afirmar que ya existía una costumbre internacional. No la había ni en cuanto a la conducta específica del delito de desaparición forzada, ni tampoco en cuanto a la consolidación de la figura de los crímenes de lesa humanidad<sup>447</sup>. En contraposición, se encuentra el razonamiento ofrecido por CASSESE, según el cual, si un acto es legal según la legislación nacional, pero punible en virtud de normas internacionales, su autor puede ser procesado por un tribunal extranjero o internacional (o por su propio órgano

<sup>444</sup> MALARINO, E., «El crimen de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina. Algunos problemas en relación con el principio de legalidad penal» en *Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni*, 2012, pp. 347-364.

<sup>445</sup> Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. (CONADEP). Disponible en: [http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas2\\_04.htm](http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas2_04.htm)

<sup>446</sup> Fallo de la Corte Suprema de la Nación, 14 de junio de 2005, S. 1767. XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa n.º 17.768-, párr. 49.

<sup>447</sup> Cfr. MALARINO, E., «Argentina» en AA.VV., *Desaparición forzada de personas*, ob. cit., p. 29.

jurisdiccional nacional, después de un cambio de régimen o de legislación) [...]. En los casos en los que hay conflicto entre un ordenamiento interno y los valores internacionales que defienden la dignidad humana, deben prevalecer estos últimos en detrimento de la exigencia de previsibilidad y accesibilidad<sup>448</sup>. Según este autor, -cuya opinión comparto-<sup>449</sup>, la justicia, incluso la incipiente e imperfecta justicia penal internacional, es mejor que la venganza, el olvido o la amnistía<sup>450</sup>.

#### ***1.1.4 La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos***

La competencia *ratione temporis* hace referencia al límite temporal para conocer determinados hechos, que existe como consecuencia del principio de irretroactividad de los tratados. Debemos atender a los trabajos de la CDI y al Tercer Informe del Relator WALDOCK y su propuesta de la competencia *ratione temporis*:

Artículo 57. Aplicación «*Ratione Temporis*» de las disposiciones de un tratado. 1. Salvo que un tratado disponga, expresa o implícitamente, otra cosa, sus disposiciones se aplicarán a cada parte solamente con respecto a los hechos o cuestiones que surjan o subsistan mientras el tratado esté en vigor con respecto a esa parte"<sup>451</sup>. Por lo tanto, existe discrepancia en cuanto que tratado aplicar a hechos que surgieron antes de que entrase en vigor dicho tratado, la respuesta la podemos encontrar en los comentarios que la CDI hizo a los proyectos de artículos de 1964 y 1966: "el principio de la no retroactividad nunca se viola por aplicar un tratado a cuestiones que se plantean estando el tratado en vigor, aun cuando se iniciaran con anterioridad"<sup>452</sup>.

<sup>448</sup> Cfr. CASSESE, A., "Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR", ob. cit., p. 417: "Even if an act is lawful under national law, but punishable under international rules, its perpetrator may be prosecuted by a foreign or international court (or his own national court, after a change in regime or legislation) [...] when only international criminal rules are at stake, or when those rules conflict with national criminal law, the requirements of accessibility and foreseeability may legitimately diminish to the point of fading away" Traducción propia.

<sup>449</sup> La autora se manifestó del mismo modo en: SANTA CRUZ-ARAMBURU, S., ob. cit., pp. 33-34.

<sup>450</sup> CASSESE, A., *The repression of international crimes in domestic jurisdictions* en International Criminal Law, Oxford University Press, 2003, pp. 621-631. AKHAVAN, P., *Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?* en *American Journal of International Law*, vol. 95, n.º 1, p. 30, se ha referido a un «idealismo pragmático» o «nuevo realismo» como base de las actuaciones en esta materia sin que eso signifique que no debamos ser críticos. Sobre las debilidades de los juicios por crímenes de guerra y contra la humanidad, centradas en la parcialidad, la cuestión de la legalidad y las dimensiones ideológicas vid. SIMPSON, G.J., *War Crimes: A Critical Introduction*, en T.L. McCORMACK, y SIMPSON G.J., *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, The Hague: Kluwer Law International, 1997; todos ellos citados también en la nota al pie 449.

<sup>451</sup> Doc. ONU: A/CN.4/167 y Add.1-3, Anuario CDI 1964, vol. II, p. 8.

<sup>452</sup> Ibidem, p.10.

En el Proyecto de 1964 se estableció:

No obstante, si un hecho, acto o situación que ha ocurrido o se ha presentado por primera vez con anterioridad a la entrada en vigor de un tratado, sigue ocurriendo o existiese después de la entrada en vigor del tratado, quedará sometido a las disposiciones del tratado. No se infringe el principio de la no retroactividad por aplicar un tratado o asuntos que ocurren o existen cuando el tratado está en vigor, aunque hayan empezado con anterioridad<sup>453</sup>.

En el mismo sentido, los comentarios del Proyecto de 1966:

No obstante, si un acto, un hecho o una situación que tuvo lugar o se originó con anterioridad a la entrada en vigor de un tratado siguiera existiendo después de la entrada en vigor del tratado, quedaría sometido a las disposiciones del tratado. El principio de la no retroactividad nunca se viola por aplicar un tratado a cuestiones que se plantean o existen cuando el tratado está en vigor, aunque se originaran con anterioridad<sup>454</sup>.

En el caso de la Corte IDH, la misma tiene competencia para conocer los hechos acaecidos después del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte de los Estados miembros. Así el art. 62, 1-2 de la CADH establece:

Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. [ - ]

La competencia parece quedar suficientemente determinada si atendemos a la redacción del anterior artículo, sin embargo la competencia *ratione temporis* de la Corte con respecto a los casos de desaparición forzada, es la que más críticas ha recibido. Recordemos que la desaparición forzada de personas se considerará continuada o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, lo cual provoca conflictos a la hora de establecer la competencia en casos en los que la privación de libertad se inició cuando el Estado aún no había reconocido la competencia de la Corte, pero cuyos efectos siguieron dándose después de tal reconocimiento.

<sup>453</sup> Doc. ONU: A/5809, Anuario CDI 1964, vol. II, p. 178.

<sup>454</sup> Doc. ONU: A/6309/Rev., Anuario CDI 1966, vol. II, p. 233.



En el Quinto Informe sobre la responsabilidad de los Estados, realizado por el relator Roberto AGO, se recogía ya el concepto de «hecho estatal continuo» como «un comportamiento que se desarrolla como tal en el tiempo con un carácter de permanencia»<sup>455</sup>, debemos mencionar que no fue este el primer momento en que este concepto fue abordado en el ámbito jurídico-internacional<sup>456</sup>. En este informe, el relator exponía sus razonamientos y planteaba la hipótesis relativa a al proceder si: «el Estado [observase] un comportamiento [...] que hubiera comenzado en un momento en que era libre de obrar en esa materia y hubiera continuado desarrollándose después de la entrada en vigor para el Estado de la obligación prohibitiva»<sup>457</sup>, la respuesta que él mismo otorgó fue: «Si el comportamiento ha comenzado antes de que la obligación entre en vigor para el Estado y continúa desarrollándose posteriormente, habrá violación de dicha obligación desde el momento en que ésta haya comenzado a existir para el Estado»<sup>458</sup>.

Este principio es el que mantiene la CDI y a día de hoy se encuentra recogido en el art. 14.2 del Proyecto definitivo de 2001: «La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional»<sup>459</sup>. La discusión aún existe debido a la redacción del art 28 de la CV 1969: «Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo», la cual parece contradecir a lo establecido por la CDI, sin embargo hay que atender a la naturaleza continuada del delito de desaparición forzada, ya que será este aspecto el que nos señale la nueva obligación que tiene el Estado desde que acepta la competencia del tratado en cuestión.

<sup>455</sup> CHINCHÓN, J., «Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. Debates pasados, presentes y futuros en el sistema internacional de protección de los derechos humanos» en TORRES BERNÁRDEZ, S., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., QUEL LÓPEZ, J., y LÓPEZ MARTÍN, A.G. (coords.). *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*. Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, Madrid: Iprolex, 2013, p. 705.

<sup>456</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>457</sup> Doc. NNUU: A/5809, Anuario CDI 1976, vol. II (primera parte), p. 23.

<sup>458</sup> *Ibidem*.

<sup>459</sup> Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II (segunda parte), p. 31.



En suma, el comportamiento que haya comenzado en un determinado momento en el pasado puede continuar y dar lugar a responsabilidad en el presente; siempre que se trate de un delito continuo y cuyos efectos se sigan llevando a cabo. La CorteIDH ha declarado que tiene competencia para conocer asuntos anteriores a la aceptación de su jurisdicción por parte de algunos Estados<sup>460</sup>. Al respecto, tomaremos cuatro sentencias representativas para entender y explicar el tratamiento de la misma a lo largo de su Jurisprudencia.

*a. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998*

El problema que suscita el presente caso corresponde a que los hechos sucedieron en 1985. A raíz de las declaraciones testimoniales y el certificado de defunción, se estableció que la muerte de la víctima que ocurrió durante su desaparición forzada, fue un acto que se consumó en marzo de 1985, a pesar de que los restos no fueron encontrados hasta el año 1992. En consecuencia, la Corte decidió que sólo tenía competencia para pronunciarse sobre los efectos y los hechos posteriores a la fecha de reconocimiento de su competencia (9 de marzo de 1987), es decir consideró que no podía pronunciarse sobre la detención y la muerte de la víctima, desintegrando así el delito de desaparición forzada para pronunciarse únicamente acerca de algunos de sus efectos, como la violación del derecho a la integridad de los familiares y a las garantías judiciales.

En mi opinión, este fue un tratamiento totalmente erróneo del delito de desaparición forzada, puesto que como hemos visto anteriormente, el mismo consiste en un delito continuado mientras no se establezca el paradero de la misma y en el presente caso, se conoció el paradero de los restos cinco años después de la aceptación de la competencia de la Corte por Guatemala. Del mismo modo, la desaparición forzada supone la violación de un conjunto de delitos, tratándose de un «delito específico y autónomo»<sup>461</sup>, que constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos con hechos delictivos

<sup>460</sup> Véase: PARRA VERA, O., «La Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la Impunidad: Algunos Avances y Debates» en *Revista Jurídica De La Universidad De Palermo*, vol. 13, n.º 1, 2012, p. 14.

<sup>461</sup> Como fue expresamente señalado en los *travaux préparatoires* de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; cfr. CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988, p. 365.

conexos, y que por eso requiere que sea comprendido y encarado de una manera necesariamente integral»<sup>462</sup>. La sentencia contó con el voto razonado del juez CANCADO TRINDADE, el cual manifestó su opinión acerca de la limitación de la competencia y sus consecuencias<sup>463</sup>. El juez señaló, -al igual que lo había hecho en la sentencia anterior de excepciones preliminares-<sup>464</sup>, que debía darse más importancia a «la naturaleza de las presuntas violaciones múltiples e interrelacionadas de derechos humanos protegidos, y prolongadas en el tiempo, de que se trata en el presente caso de desaparición»<sup>465</sup>. Asimismo, criticó la aplicación rígida del derecho de los tratados, la cual en su opinión produce la desintegración del delito y tiene consecuencias directas en la etapa de reparaciones. La justificación que se proporciona, es que el delito de desaparición forzada es una violación grave de derechos humanos y su protección corresponde a toda la comunidad internacional, no debiendo ser limitada por el derecho de los tratados, ya que no podemos dejar de atender al derecho internacional consuetudinario.

*b. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.*

*Sentencia de 22 de septiembre de 2006*

La sentencia trata un delito de desaparición forzada en el año 1977 en Paraguay, siendo el Estado parte de la CADH desde 1989 y habiendo reconocido la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH en 1993. Este caso, a pesar de ser de la misma naturaleza con hechos anteriores al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte por parte de Paraguay, no tuvo más discusión debido al allanamiento parcial por parte del Estado, en el cual Paraguay reconoció los hechos relativos a «la detención arbitraria e ilegal y tortura de la[s] víctima[s] y [su] desaparición forzada hasta la fecha», por lo que la Corte consideró violado el derecho a la vida, integridad personal y libertad personal consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7 de la CADH, en relación con la

<sup>462</sup> Voto Razonado del Juez Can;ado Trindade en el *Caso Blake vs. Guatemala. Fondo, supra*, párr. 7.

<sup>463</sup> Para más información, véase: MODELELL GONZÁLEZ, J. L., "The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights" en *International Criminal Law Review*, vol. 10, n.º 4, 2010, pp. 475-489; CITRONI, G., «Desaparición Forzada de Personas: Desarrollo del Fenómeno y Respuestas De La Corte Interamericana De Derechos Humanos» en *Anuario Español De Derecho Internacional*, n.º 19, 2003, p. 388.

<sup>464</sup> Voto Razonado del Juez Can;ado Trindade en el *Caso Blake vs. Guatemala. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 2 de julio de 1996.

<sup>465</sup> Voto Razonado del Juez Can;ado Trindade en el *Caso Blake vs. Guatemala. Fondo, supra*, párr. 3.

obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1.

En el presente caso, el allanamiento por parte del Estado bastó para condenar al mismo en virtud de su responsabilidad por violaciones de derechos humanos, a pesar de que las desapariciones se cometieron 16 años antes del reconocimiento por parte de Paraguay de la jurisdicción de la CorteIDH. Lo cual nos indica que mientras no exista una controversia respecto a la competencia *ratione temporis* planteada por el Estado, la Corte no tendrá problema en entrar a conocer las desapariciones forzadas a pesar de que estas se hubiesen dado antes de la entrada en vigor de la CADH para el Estado en cuestión.

*c. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008*

En este caso, la desaparición forzada se inició con la detención de la víctima el 14 de mayo de 1970, y no se supo de su paradero hasta agosto del año 2000, fecha en que «se identific[aron] genéticamente sus restos encontrados el 22 de septiembre de 1999, es decir más [de] diez años después de que Panamá se sometió a la jurisdicción contenciosa de la Corte», puesto que Panamá reconoció la competencia de la CorteIDH el 9 de mayo de 1990. En virtud del principio de irretroactividad de los tratados internacionales, la CorteIDH declaró que podía ejercer su competencia *ratione temporis* únicamente sobre la violación del derecho a la libertad personal y excluyó de su competencia la violación del derecho a la vida y a la integridad personal.

Del mismo modo, manifestó que tenía competencia para pronunciarse respecto de los hechos que tuvieron lugar con posterioridad al 9 de mayo de 1990, así como respecto de los hechos violatorios que, habiéndose iniciado con anterioridad a dicha fecha, hubiesen continuado o permanecido con posterioridad a ésta. Sin embargo, concluyó que no tenía competencia para pronunciarse sobre la violación del derecho a la vida por tratarse de una violación de carácter instantáneo, al considerar que el fallecimiento de la víctima ocurrió con anterioridad a la fecha del reconocimiento de competencia

de la Corte, para llegar a esta conclusión, la Corte se remitió al informe del Instituto de Medicina Legal que examinó los restos de la víctima, según el cual se pudo concluir que este habría fallecido al menos veinte años antes de haber sido encontrado, es decir, al menos 10 años antes de que el Estado reconociera la competencia del Tribunal.

Sorprendentemente, la CorteIDH se declaró competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada del señor Heliodoro Portugal, pero no para pronunciarse sobre su muerte, ni sobre los presuntos hechos de tortura y malos tratos que se alega sufrió la víctima, ya que consideró que tales hechos conformarían violaciones de ejecución instantánea que, en todo caso, habrían ocurrido con anterioridad a 1990. Por otra parte, concluyó que el Estado es responsable por la desaparición forzada del señor Heliodoro Portugal a partir del 9 de mayo de 1990, y por tanto, es responsable por la violación del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma, así como por la violación del artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en relación con el artículo II de dicho instrumento, a partir del 28 de febrero de 1996, fecha en que el Estado ratificó el mismo. Una vez más, la CorteIDH desintegraba de esta manera el delito de desaparición forzada, por considerar la muerte de la víctima un hecho aislado y no un elemento más en el tipo delictivo de la desaparición.

*d. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011*<sup>466</sup>

Uruguay es Estado Parte de la Convención Americana desde el 19 de abril de 1985 y reconoció la competencia contenciosa de la CorteIDH esa misma fecha. Este es un caso complejo conocido por la Corte puesto que se violan

<sup>466</sup> Para un mayor análisis véase: OLIVERA ALFARO, R., «Memoria, Verdad y Justicia en Uruguay: La Gestión Del Pasado En Un Escenario De Luces y Sombras» en *IZCEA, Revue de l'Institut des langues et cultures d'Europe, Amérique, Afrique, Asie et Australie*, vol. 26, 2016 [En línea] Disponible en: <http://journals.openedition.org/ilcea/3905>; FERRER MAC GREGOR, E., «Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: Vinculación Directa hacia las partes (Res Judicata) e Indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (Res Interpretata) (Sobre El Cumplimiento Del Caso Gelman vs. Uruguay)» en *Estudios Constitucionales: Revista Del Centro De Estudios Constitucionales*, vol. 11, n.º 2, 2014, pp. 641-694. QUISPE REMÓN, F., «Los Derechos Humanos como límite a la voluntad popular: El Caso Gelman» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 64, n.º 1, 2012, pp. 243-247.

diversos derechos con relación a las víctimas, sin embargo únicamente nos centraremos en la desaparición forzada. La víctima fue detenida el 24 de agosto de 1976 y fue trasladada a un centro de detención clandestino. Existen dos versiones acerca de las circunstancias de su muerte: en ambas, se presume que la misma ocurrió a finales de diciembre de 1976. La Corte consideró que la desaparición forzada de la víctima atentó contra el derecho a la integridad personal, porque el solo hecho de mantenerla en régimen de aislamiento e incomunicación, representó un tratamiento cruel e inhumano. Asimismo, la CorteIDH manifestó que la víctima:

[ - ] estuvo bajo control de cuerpos represivos oficiales que impunemente practicaban la tortura, el asesinato y la desaparición forzada de personas, lo que representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida, reconocidos en los artículos 5 (derecho a la integridad personal) y 4 (derecho a la vida) de la CADH, aun en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o de privación de la vida de la persona en el caso concreto<sup>467</sup>.

Es decir, a pesar de no existir información exacta acerca de lo ocurrido a la víctima, la CorteIDH consideró que:

[ - ] la práctica de desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención<sup>468</sup>.

En consecuencia, la CorteIDH declaró la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1 y 5.2 y 7.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta sentencia supuso un nuevo vuelco en la jurisprudencia de la CorteIDH, al

<sup>467</sup> Cfr. *Caso Gelman*, *supra*, párr. 95; *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra*, párr. 175; *Caso Ticona Estrada y otros*, *supra*, párr. 59, y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009, párr. 85.

<sup>468</sup> *Caso Gelman*, *supra*, párr. 96.

conocer un delito de desaparición forzada que se inició casi 10 años antes al reconocimiento por parte del Estado de la CADH y de la jurisdicción contenciosa de la Corte. En la misma, -a diferencia de los casos vistos anteriormente-, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. Todo ello, en virtud de la obligación internacional que tenía Uruguay desde que fue parte de la Convención, puesto que a pesar de que el delito se iniciase mucho antes, sus efectos perduraron en el tiempo, lo que permitió que la Corte pudiese conocer este caso ya que entraba dentro de los límites *ratione temporis* para «hechos posteriores»; sin que exista violación del artículo 28 del CV 1969.

Por otra parte, es importante lo establecido por la jurisprudencia de la Corte en relación a la aplicación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, que entró en vigor el 28 de marzo de 1996, ya que la Corte viene aplicándola a casos ocurridos antes de la ratificación de los Estados miembros de dicha Convención. En este sentido, Perú presentó en el caso Osorio Rivera y familiares, una excepción sobre la falta de competencia *ratione temporis* de la Corte respecto a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ya que el Perú ratificó la Convención en el año 2002 y los hechos alegados respecto a la desaparición de la víctima ocurrieron a partir del 28 de abril de 1991. La Corte estableció que era: «competente para conocer del alegado incumplimiento de dicho instrumento, que establece obligaciones específicas en lo que concierne al fenómeno de la desaparición forzada, a partir de la fecha del reconocimiento de la competencia por parte del Estado demandado y de la entrada en vigor de dicho instrumento para el Estado»<sup>469</sup>. Conviene resaltar lo establecido por la Corte en dicha sentencia:

[ - ] surge del mismo principio que, desde que un tratado entra en vigor, es exigible a los Estados Partes el cumplimiento de las obligaciones que contiene respecto de todo acto posterior a esa fecha. Ello se corresponde con el principio *pacta sunt servanda*, según el cual «[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas

<sup>469</sup> Cfr. Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, *supra*, párr. 29.

de buena fe<sup>470</sup>. Al respecto, cabe distinguir entre actos instantáneos y actos de carácter continuo o permanente. Éstos últimos se extiende[n] durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional»<sup>471</sup>. Por sus características, una vez entrado en vigor el tratado, aquellos actos continuos o permanentes que persisten después de esa fecha, pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado Parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados<sup>472</sup>.

Dentro de esta categoría de actos se encuentra la desaparición forzada de personas, cuyo carácter continuado o permanente ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constante de este Tribunal, el factor relevante para que cese una desaparición forzada es la determinación del paradero o la identificación de sus restos y no la presunción de su fallecimiento<sup>473</sup>. En esta línea, ya ha sido establecido por el Tribunal que tiene competencia para conocer de violaciones de carácter continuado o permanente, cuyo inicio se hubiere dado antes de que el Estado demandado hubiere reconocido la competencia contenciosa de la Corte, que persisten con posterioridad a dicho reconocimiento, puesto que se continúan cometiendo, de manera que no se infringe el principio de irretroactividad<sup>474</sup>. El mismo criterio aplica para la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En casos anteriores respecto al Perú, la Corte ya ha declarado violaciones a este tratado internacional, a pesar de que el inicio de ejecución de los hechos ocurrió con anterioridad a la fecha en la que dicho tratado entró en vigencia para el Estado<sup>475</sup>. De

<sup>470</sup> Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En el mismo sentido, *cfr.* *Caso Izoaya Tamayo. Cumplimiento de Sentencia*. Resolución emitida por la Corte Interamericana el 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 60, párr. 7, y *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *supra*, párr. 20.<sup>471</sup> Artículo 14 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Ilícitos Internacionales. Al respecto, *cfr.* CRAWFORD, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility- Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002. En el mismo sentido, *cfr.* *Caso Blake vs. Guatemala. Excepciones Preliminares*, *supra*, párr. 39, y *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párr. 22.

<sup>472</sup> *Cfr.* *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *supra*, párr. 22.

<sup>473</sup> *Cfr.* *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *supra*, párr. 59, y *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 195.

<sup>474</sup> *Cfr.* *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, párrs. 65 y 66, y *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *supra*, párr. 24.

<sup>475</sup> En el caso Gómez Palomino, que versa sobre la desaparición del señor Santiago Gómez Palomino acaecida el 9 de julio de 1992, la Corte consideró que «el Estado no ha cumplido las obligaciones que



esta manera, de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*, sólo a partir de la fecha en que entró en vigor para el Estado rigen para el Perú las obligaciones del tratado y, en tal virtud, es aplicable a aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuado o permanente, es decir, a los que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del tratado y persisten aún después de esa fecha, puesto que se siguen cometiendo, así como a aquellos hechos independientes que en el transcurso de un proceso podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia, que en este caso podrían ser analizadas a la luz de las obligaciones contraídas al amparo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia<sup>476</sup>.

En este sentido, la Corte declaró la violación de los artículos 7, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la CADH, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos, contenidas en el artículo 1.1, así como en relación con el artículo 1. a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. También estableció la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno, contenidas en los artículos 1.1 y 2, así como en relación con los artículos I b) y 111 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Posteriormente, el Estado volvió a plantear la excepción preliminar sobre la falta de competencia *ratione temporis* de la Corte, sin embargo fue declarada inadmisibles por los mismos motivos<sup>477</sup>.

le imponen el artículo 2 de la Convención Americana, para garantizar debidamente los derechos a la vida, la libertad personal y la integridad personal del señor Santiago Gómez Palomino, y el I b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada». Caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra*, párr. 110. Asimismo, en el caso Anzualdo Castro, que trata sobre la desaparición del señor Kenneth Ney Anzualdo Castro acaecida el 16 de diciembre de 1993, la Corte declaró «que el Estado es responsable por la desaparición forzada del señor Anzualdo Castro, perpetrada en el marco de una práctica sistemática de ese tipo de graves violaciones de derechos humanos, propiciada, practicada y tolerada por agentes estatales en la época de los hechos. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocidos en los artículos 7.1, 7.6, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma y con el artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada». Caso Anzualdo Castro vs. Perú, *supra*, párr. 103.

<sup>476</sup> Cfr. Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, *supra*, párr. 29-33.

<sup>477</sup> Cfr. Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017, párr. 22-26; Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo,



## 1.2 La práctica de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad

Como hemos visto en el capítulo II, existen elementos necesarios para poder determinar que un crimen es de lesa humanidad, siendo el contexto de los hechos un elemento fundamental; sin embargo, esta idea es algo confusa en el sistema interamericano puesto que la CorteIDH ha considerado el delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad sin atender demasiado a los elementos requeridos por el Derecho Internacional, habiendo declarado:

La responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. Se trata, en suma, de un delito de lesa humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano<sup>478</sup>.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en su preámbulo considera que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad en determinadas circunstancias definidas por el derecho internacional, en correspondencia con el art. 7 del ER, por lo que parece razonable entender que una práctica no sistemática de desaparición forzada no constituye un crimen de lesa humanidad.

Si bien la comunidad internacional adoptó la primera declaración y el primer tratado empleando la calificación de desaparición forzada de personas recién en 1992 y 1994, respectivamente, ya en la década de los setenta el tema era analizado como tal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y fue desarrollado a partir de la década de los ochenta en el marco del sistema de Naciones Unidas<sup>479</sup>. Por su parte, en

Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 29; Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016, párr. 29-33.

<sup>478</sup> *Caso Goiburú y otros, supra*, párr. 82.

<sup>479</sup> Véase el Cap. III. La creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980, constituye una actitud concreta de censura y repudio generalizados, por una práctica que ya había sido objeto de atención en el ámbito universal por la Asamblea General (resolución 33/173 de 20 de diciembre de 1978), por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 de 10 de mayo de 1979) y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (resolución 5 B (XXXII) de 5 de septiembre de 1979). Los informes de los relatores o enviados especiales de la Comisión de Derechos Humanos muestran la preocupación por el cese de esa práctica, por la aparición de las personas afectadas y por la aplicación de sanciones a los responsables (Caso Velásquez Rodríguez, *supra*, párr. 151. En igual sentido cfr. Caso Godínez Cruz, *supra*, párr. 159, y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 146).

el sistema regional interamericano se había utilizado frecuentemente dicha calificación para referirse a ese conjunto de hechos y violaciones como un delito contra la humanidad<sup>480</sup>. Incluso, como ya vimos es caracterizado como tal por el artículo 7(1)(i) del ER de 1998, cuando sea cometido como parte de una práctica generalizada o sistemática contra los miembros de una población civil<sup>481</sup>. Esta caracterización del delito de referencia ha sido reiterada en el texto de los artículos 5 y 8(1)(b) de la Convención Internacional<sup>482</sup> para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>483</sup>.

En el mismo sentido, «el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas agrega, -al igual que el preámbulo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas-, que la práctica sistemática del delito de desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad»<sup>484</sup>. La CorteIDH desde su primera sentencia<sup>485</sup>, establecería sobre esta base el concepto de desaparición forzada como delito de lesa humanidad. MODOLELL GONZÁLEZ critica este extremo, afirmando que la

Asimismo, cabe citar las siguientes resoluciones emitidas por la Asamblea General de la ONU: Resolución 3450 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, 30º periodo de sesiones, relativa a las desapariciones en Chipre como resultado del conflicto armado; Resolución 32/128 de 16 de diciembre de 1977, 32º periodo de sesiones, proponiendo la creación de un órgano encargado de investigar las desapariciones en Chipre «en forma imparcial, eficaz y rápida», y Resolución 33/173 de 20 de diciembre de 1978, 33º periodo de sesiones, denominada «Personas desaparecidas», mediante la cual la Asamblea General expresó su preocupación por «los informes procedentes de diversas partes del mundo en relación con la desaparición forzosa o involuntaria de personas a causa de excesos cometidos por autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, o encargadas de la seguridad, o por organizaciones análogas», así como su preocupación por «los informes relativos a las dificultades para obtener de las autoridades competentes información fidedigna sobre el paradero de esas personas», e indicó que existe un «peligro a la vida, a la libertad y a la seguridad física de esas personas[,] resultante de que dichas autoridades u organizaciones persisten en no reconocer que ellas están bajo su custodia, o dar cuenta de ellas de alguna otra manera».

<sup>480</sup> Cfr. Resolución AG/RES. 666 (XIII-0/83) de 18 de noviembre de 1983 y Resolución AG/RES. 742 (XIV-0/84) de 17 de noviembre de 1984 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Además, cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 1983-1984. Capítulo IV, párrs. 8, 9 y 12 y Capítulo V, I.3, OEA/Ser.L/V/II.63 doc. 10 de 28 de septiembre de 1984; Informe Anual de 1986-1987. Capítulo V.II, OEA/Ser.L/V/II.71 Doc. 9 rev. 1 de 22 de septiembre de 1987; Informe Anual de 1987-1988. Capítulo IV, OEA/Ser.L/V/II.74 Doc. 10 rev. 1 de 16 de septiembre de 1988; Informe Anual 1990-1991. Capítulo V, OEA/Ser.L/V/II.79, Doc. 12 Rev. 1 de 22 de febrero de 1991, e Informe Anual de 1991. Capítulo IV, OEA/Ser.L/V/II.81 Doc. 6 Rev. 1 de 14 de febrero de 1992.

<sup>481</sup> Cfr. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, A/CONF.183/9.

<sup>482</sup> Cfr. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Proyecto de Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. 1er periodo de sesiones, tema 4 del programa, A/HRC/1/L.2, 22 de junio de 2006.

<sup>483</sup> Cfr. SANTA CRUZ-ARAMBURU, S., ob. cit., p. 41-42.

<sup>484</sup> Voto Razonado del Juez Cançado Trindade en el *Caso Blake vs. Guatemala. Fondo, supra*, párr. 14.

<sup>485</sup> *Caso Velásquez Rodríguez, supra*, párr. 153.

CorteIDH califica por una parte la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad cuando sea una práctica sistemática, lo que se contradice con lo recogido en su jurisprudencia cuando establece que la responsabilidad internacional del Estado se ve agravada si forma parte de un patrón sistemático o es tolerada por el Estado<sup>486</sup>.

A su vez, LÓPEZ DÍAZ considera que el delito de desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad, únicamente cuando los hechos hayan sido cometidos en forma generalizada o sistemática, lo cual a su criterio<sup>487</sup> no fue lo sucedido en la «Toma del Palacio», donde un grupo de personas pertenecientes al grupo guerrillero M-19 tomó el Palacio de Justicia en Colombia; como consecuencia de ello, «comenzó el operativo militar de la retoma del Palacio con la entrada de tanques militares al sótano del edificio, donde se produjo un fuerte enfrentamiento entre el grupo guerrillero y los militares»<sup>488</sup>. Tras la retoma del Palacio, se pudo constatar que varias personas, entre ellas 8 empleados de la cafetería del Palacio de Justicia, 3 visitantes y una guerrillera del M-19 salieron con vida, sin embargo no se conoce su paradero hasta la presente fecha. La CorteIDH conoció este caso y declaró la responsabilidad internacional de Colombia por la desaparición forzada de las víctimas, quienes fueron desaparecidas por ser consideradas sospechosas de participar en la toma del Palacio de Justicia o colaborar con el M-19. Este caso resulta esclarecedor, puesto que a pesar de tratarse de un hecho concreto, el Tribunal Superior de Bogotá declaró que los hechos trascendieron al ámbito de los delitos de lesa humanidad, al abarcar torturas y desapariciones forzadas<sup>489</sup>, mientras que la CorteIDH declaró la responsabilidad del Estado por la desaparición forzada sin hacer alusión a crímenes de lesa humanidad<sup>490</sup>. Así pues, LÓPEZ DÍAZ entiende que la calificación del delito de desaparición forzada, con efectos retroactivos como delito permanente es contraproducente puesto que permite que los tribunales internacionales violen los principios de legalidad, retroactividad, cosa juzgada e inocencia. En el mismo sentido, considera que en el caso del Palacio de Justicia, la desaparición

<sup>486</sup> MODOLELL GONZÁLEZ, J. L., «La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos» en AA.VV., *Desaparición forzada de personas*, ob. cit., p. 190.

<sup>487</sup> LÓPEZ DÍAZ, C., «Colombia» en AA. VV., *Desaparición forzada de personas*, ob. cit., p. 85.

<sup>488</sup> *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párr. 95.

<sup>489</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 30 de enero de 2012, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 21 de septiembre de 2009. Corte Constitucional, sentencia C-394/07.

<sup>490</sup> *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia)*, *supra*, párr. 208.

forzada no constituyó un crimen de lesa humanidad, por lo que el delito debió haber prescrito, debido a que los hechos afectaron únicamente a un grupo de personas que se encontraban en el Palacio en un determinado momento. Esta interpretación es discutible puesto que como exige la normativa existente, habría que atender al contexto general de los hechos, no únicamente al hecho en sí, puesto que recordemos que en 1985, la práctica de las desapariciones forzadas en Colombia tenía lugar de forma generalizada en el marco del combate de la guerrilla<sup>491</sup>, lo que en mi opinión nos permitiría calificar esas desapariciones forzadas como crímenes de lesa humanidad, al ser parte de una práctica generalizada y sistemática del Estado en su lucha antiterrorista. Por otra parte, al no encontrarse a las personas desaparecidas, el delito no habría prescrito como consecuencia de su naturaleza, es decir, un delito continuado.

Esta dificultad no se presenta, en cambio, respecto del tipo penal de la desaparición forzada, si esta es considerada crimen de lesa humanidad, -expresa o implícitamente-, ya que por aplicación de las normas del derecho penal internacional, este crimen como hemos podido comprobar, es considerado imprescriptible. ZAFFARONI apoya esta tesis, manifestando que no hay ningún tipo de irracionalidad en la reacción punitiva contra un criminal de lesa humanidad por mucho que hayan pasado los años:

Solo existe la irracionalidad propia de todo poder punitivo, que es extremadamente selectivo y productor del mismo hecho sobre cuyo autor recae. El derecho penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delitos; por el contrario: si lo hiciese, sufriría un grave desmedro ético<sup>492</sup>.

Esta sería la tesis seguida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el Caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro:

El castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y

<sup>491</sup> GÓMEZ LÓPEZ, J., *Crímenes de lesa humanidad*, Santa Fe de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1998, p. 261.

<sup>492</sup> Cfr. ZAFFARONI, E., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005, p. 266.

la prescriptibilidad [*sic*] de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores<sup>493</sup>.

En los casos de desaparición forzada resulta fundamental establecer el contexto en el cual se cometieron los delitos, ya que ello determinará la calificación como crimen de lesa humanidad y las consecuencias que esto acarrea. A pesar de existir una aparente contradicción en el sistema interamericano en cuanto a la definición de crimen de lesa humanidad con respecto a las desapariciones, esto no debe ser impedimento para el estudio exhaustivo de los hechos, ya que siempre podremos y deberemos acudir al derecho internacional que ha establecido ya los requisitos para delimitar el contexto.

### **1.3 La práctica de la desaparición forzada como violación de normas de *ius cogens***

La desaparición forzada puede constituir un crimen de lesa humanidad cuando se practique de forma generalizada y sistemática, en consecuencia su prohibición alcanzará la condición de norma de *ius cogens* automáticamente. Sin embargo, la problemática surge cuando la desaparición no constituye un crimen de lesa humanidad. La pregunta que surge a continuación es si la prohibición de la desaparición forzada es una norma de *ius cogens*. Existen diversas teorías al respecto puesto que la jurisprudencia proveniente del sistema interamericano parece considerar el delito de desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad sin atender con demasiada precisión a los requisitos exigidos en el Derecho Internacional, lo cual parece afirmar que estamos ante una norma de *ius cogens* en cualquiera de los casos, se trate de un crimen de lesa humanidad o la figura típica de desaparición forzada sin ningún otro contexto. Asimismo, diversos autores consideran que la prohibición de la

<sup>493</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. Sentencia del 24 de agosto de 2004. Voto del Señor ministro Dr. Don Juan Carlos Maqueda, párr. 33.

desaparición forzada ha alcanzado el estatus de *ius cogens*<sup>494</sup> mientras que otros exigen el contexto de lesa humanidad.

En este sentido, la Asamblea de la OEA afirmó en el año 1983 que la desaparición forzada de personas «es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad»<sup>495</sup>. Asimismo, la CIDH ha definido el concepto de *ius cogens* como «un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir [y] como normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en ellas reconocidas»<sup>496</sup>.

Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad (*sic*), por constituir normas del derecho consuetudinario internacional que no pueden ser dejadas de lado por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. Se considera que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obliga a diferencia del derecho consuetudinario tradicional a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia<sup>497</sup>.

La CorteIDH por su parte, hace referencia por primera vez a una norma de *ius cogens* en el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, donde afirma la «equivalencia entre el contenido del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales»<sup>498</sup> acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles,

<sup>494</sup> ARROCHA, P., "The Never-Ending Dilemma: Is the Unilateral use of Force by States Legal in the Context of Humanitarian Intervention?" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2011, p. 36., HOBBS, C.M., "The Conflict Between the Alien Tort Statute Litigation and Foreign Amnesty Laws" en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, n° 2, 2010, p. 512., FISCHER-LESCANO, A., *Global Constitutional Struggles: Human Rights between colere publique and colere politique*, in KALECK W., RATNER M., SINGELNSTEIN T., WEISS P. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Springer, 2007, p. 18. y BACKER, L. C., *Harmonizing Law in an Era of Globalization: Convergence, Divergence, and Resistance*, Carolina Academic Press, 2007, p. 37. Para más información, todos ellos también citados en: SARKIN, J., "Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained Jus Cogens Status in International Law" en *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, 2012, p. 562.

<sup>495</sup> CIDH. AG/RES. 666 (XIII-O/83). November 18, 1983. "To declare that the practice of forced disappearance of persons in the Americas is an affront to the conscience of the hemisphere and constitutes a crime against humanity."

<sup>496</sup> CIDH. Informe n.º 62/02, caso 12.285, Michael Domínguez vs. Estados Unidos, de fecha 22 de octubre de 2002, párr. 49.

<sup>497</sup> *Ibidem*. CIDH. Informe Anual, 1987, Caso 9647, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, párr. 5.

<sup>498</sup> Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

inhumanos o degradantes)»<sup>499</sup>. Esta línea de pensamiento, ya había sido defendida por el antiguo juez de la CorteIDH CANCADO TRINDADE, quien en su voto razonado en el *Caso Blake vs. Guatemala*, se manifestó de la siguiente manera:

Estamos, en definitiva, ante una violación particularmente grave de múltiples derechos humanos. Entre éstos se encuentran derechos fundamentales inderogables, protegidos tanto por los tratados de derechos humanos como por los de Derecho Internacional Humanitario. Los desarrollos doctrinales más recientes en el presente dominio de protección revelan una tendencia hacia la «criminalización» de violaciones graves de los derechos humanos, -como las prácticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas. Las prohibiciones de dichas prácticas nos hacen ingresar en la *terra nova* del *ius cogens* internacional. La emergencia y consagración de normas imperativas del derecho internacional general estarían seriamente amenazadas si se pasase a descaracterizar los crímenes de lesa humanidad que recaen bajo su prohibición<sup>500</sup>.

A pesar de que las dos referidas Convenciones de Viena consagran la función del *ius cogens* en el dominio propio del derecho de los tratados, es una consecuencia ineludible de la existencia misma de normas imperativas del derecho internacional que no se limitan éstas a las violaciones resultantes de tratados, y que se extienden a toda y cualquier violación, inclusive las resultantes de toda y cualquier acción y cualesquiera actos unilaterales de los Estados. A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de ilegalidad objetiva (uno de los elementos subyacentes al concepto de *ius cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas, -prácticas éstas que representan crímenes de lesa humanidad- condenadas por la consciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados<sup>501</sup>.

CANCADO TRINDADE considera que la importancia de derechos a los que afecta la desaparición forzada, hace que su prohibición alcance la categoría de *ius cogens*. Para ello, hace referencia a los tratados y a la protección en derecho internacional que se hace de los derechos contra los que atenta la desaparición forzada. Por otra parte, en un caso de ejecución extrajudicial, la CorteIDH hizo

<sup>499</sup> Cfr. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 209.

<sup>500</sup> Voto Razonado del Juez Cancado Trindade en el *Caso Blake vs. Guatemala. Fondo, supra*, párr. 15.

<sup>501</sup> *Ibidem*, párr. 25.



referencia a las desapariciones forzadas, manifestando que eran «inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos»<sup>502</sup>. La CorteIDH, al igual que lo establecido por el juez CANCADO TRINDADE, otorgó las características de norma de *ius cogens* a la prohibición de la desaparición forzada, basándose nuevamente en las características de los derechos a los que la desaparición afecta.

La Corte se manifestó en el mismo sentido en el caso Goiburú, en el cual determinó que la prohibición de la práctica de la desaparición forzada era una norma de *ius cogens*, basándose una vez más en los derechos a los que afecta el delito, considerando que son valores trascendentales de la comunidad internacional. Para finalizar, hizo referencia al contexto en el que las desapariciones se llevaron a cabo, manifestando que se trataba un crimen de lesa humanidad. Esta calificación de crimen de lesa humanidad era independiente ya que antes de llegar a esta conclusión, la Corte ya había señalado el carácter de norma de *ius cogens* de la prohibición de la desaparición forzada:

En definitiva, la Corte estima que, tal como se desprende del preámbulo de la Convención Interamericana señalada, ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *ius cogens*<sup>503</sup>. [ - ] Según fue señalado anteriormente, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*ius cogens*), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad.

<sup>502</sup> Cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú, *supra*, párr. 41.

<sup>503</sup> Caso Goiburú y otros, *supra*, párr. 84, 93, 130-132.



Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos - constituyendo ambos crímenes contra la humanidad- lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores<sup>504</sup>.

En ese mismo sentido, la CorteIDH consideró en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, «que los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía»<sup>505</sup>.

Asimismo, los tribunales nacionales también han reconocido el carácter de *ius cogens* de las normas que prohíben la desaparición forzada de personas, en ese sentido la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina de 14 de junio de 2005, en el Caso Simón, Julio Héctor y otros, declaraba la nulidad de las leyes de impunidad y ratificaba la condena por crímenes contra la humanidad. En dicha sentencia, el Ministro Dr. Antonio Boggiano afirmaba, en su voto motivado, que la desaparición forzada de personas ha alcanzado la categoría de *ius cogens*, lo que permite afirmar la naturaleza imprescriptible de tales crímenes.

[...] es misión de esta Corte velar por el cumplimiento del *ius cogens*, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas. La desaparición forzada de personas constituye, no sólo un atentado contra el derecho a la vida, sino también un crimen contra la humanidad. [...] La comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna. La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al *ius cogens* como derecho internacional vigente [...].

<sup>504</sup> Ibidem, párr. 128.

<sup>505</sup> Cfr. *Caso La Cantuta vs. Perú*, *supra*, párr. 225.

Esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad está sujeta de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya [...] <sup>506</sup>.

En la misma sentencia, el Juez MAQUEDA afirmó que la desaparición forzada de personas es un crimen contra la humanidad:

[...] la negativa de los apelantes a considerar el delito de desaparición forzada de personas como un delito de lesa humanidad [...] resulta inadmisibile a la luz de principios del *ius cogens* que imponen su represión por los órganos estatales y que permiten tipificar a ese delito como autónomo en el actual estado de avance de la ciencia jurídica [...] <sup>507</sup>.

#### **1.4. La situación actual de la desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos**

Actualmente se sigue dando el fenómeno de las desapariciones forzadas en algunos Estados del continente americano, en este epígrafe se destacan el caso mexicano puesto que afronta desapariciones actuales, las cuales se siguen cometiendo en diversos puntos del país y en diversos contextos como la lucha contra el narcotráfico, la delincuencia organizada o la migración. Por otro lado, tenemos el caso peruano, si bien el mismo ha superado la práctica generalizada del delito, se destaca este caso debido a la impunidad existente, ya que no se han juzgado muchos de estos crímenes. Es inevitable la referencia a Colombia, como quiera que es uno de los Estados que más ha sufrido esta lacra debido al conflicto interno, sin embargo sus características propias hacen necesario un estudio separado del caso colombiano <sup>508</sup>.

<sup>506</sup> Fallo de la Corte Suprema de la Nación (Argentina), 14 de junio de 2005, S. 1767. XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa n.º 17.768, párr. 38 a 40 del voto del señor ministro Dr. Don Antonio Boggiano.

<sup>507</sup> Ibidem, párr. 95 del voto del señor ministro Dr. Don Juan Carlos Maqueda.

<sup>508</sup> Para más información véase: GALLEG0 GARCÍA, G., «El acuerdo gobierno - FARC sobre búsqueda, identificación y entrega digna de personas desaparecidas. Análisis político y jurídico» en *Estudios de Derecho*, vol. 72, n.º 160, pp. 105-141; MANERO SALVADOR, A., «Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas» en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 28, 2012, pp. 105-141; GALLEG0 GARCÍA, G. Y FERNÁNDEZ SOLA, N., «Guerra y Desaparición Forzada (II)» en *Jueces Para la Democracia*, n.º 48, 2003, pp. 103-115; GALLEG0 GARCÍA, G. Y FERNÁNDEZ SOLA, N., «Guerra y Desaparición Forzada (I)» en *Jueces Para la Democracia*, n.º 47, 2003, pp. 85-95.

### 1.4.1 El caso del Perú

Perú es el segundo país con más condenas por delitos de desaparición forzada en el sistema interamericano. En el año 1987 ocupó el primer lugar en el mundo con mayor cantidad de personas desaparecidas, según cifras del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas. El caso peruano es particular, puesto que a diferencia de países como Argentina o Chile, los casos no se encuentran enmarcados en la llamada «Operación Cóndor».

Las actividades desplegadas como parte de dicha operación estaban básicamente coordinadas por los militares de los países involucrados. Dicha Operación sistematizó e hizo más efectiva la coordinación clandestina entre fuerzas de seguridad, militares y servicios de inteligencia de la región, que había sido apoyada por la Agencia Central de Inteligencia (CIA) entre otras agencias, de los Estados Unidos de América. Para que la Operación Cóndor funcionara era necesario que el sistema de códigos y comunicaciones fuera eficaz, por lo que las listas de «subversivos buscados» eran manejadas con fluidez por los distintos Estados<sup>509</sup>.

En contraposición, el caso peruano responde a la lucha de un Estado democrático contra el terrorismo, puesto que en Perú existía un conflicto interno entre los poderes del Estado y los grupos terroristas que pugnaban por el poder, en esta lucha no se dudó en recurrir a métodos ilegales que violaban los derechos humanos, justificando su actuación en la lucha antiterrorista<sup>510</sup>. Una vez finalizado el conflicto, se creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), la cual consideró que «la desaparición forzada en el Perú tuvo un carácter sistemático, particularmente en los años 1983-1984 y 1989-1993. Ello supuso un *modus operandi* estándar, un conjunto de procedimientos establecidos para la identificación, selección y procesamiento de las víctimas, así como para la eliminación de la evidencia -en particular los cuerpos de las víctimas- de los crímenes cometidos a lo largo de ese procedimiento (violación del debido proceso, torturas y ejecuciones extrajudiciales). La escala en la que se utilizó la desaparición forzada supuso, además, un aparato logístico que proveyera los

<sup>509</sup> Cfr. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, *supra*, párr. 61.6 corresponden a hechos que se tienen por probados con base en los siguientes documentos: BOCCIA, A., GONZÁLEZ, M. y PALAU, R., *Es mi informe. Los archivos secretos de la Policía de Stroessner*, Asunción: Ed. Servilibro, 1994; *Testimonio contra el olvido: reseña de la infamia y el terror: Paraguay, 1954-1989*, Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencia, 1999; BOCCIA, A., *En los sótanos de los generales. Los documentos ocultos del Operativo Cóndor*, Expolibro, 2002. Citados en: SANTA CRUZ-ARAMBURU, S., *ob. cit.*, p. 73.

<sup>510</sup> El periodo de terrorismo en Perú se extiende desde el año 1980 hasta el año 2000, alcanzando el mayor número de víctimas, muertes y desapariciones forzadas en 1984, 1989 y 1990. Cfr. Informe final de la Comisión de la verdad y reconciliación, cap. I, p. 54.

medios y el personal para aplicarla»<sup>511</sup>. De este modo, se llevaron a cabo numerosos atentados contra la población civil que se encontraba entre dos fuegos, el terrorista y el proveniente del Estado.

No fue hasta el año 2016 en el que se aprobó la Ley n.º 30.470, denominada Ley de búsqueda de personas desaparecidas durante el periodo de violencia 1980-2000. Asimismo, la Dirección general de búsqueda de personas desaparecidas publicó en abril del 2018, el primer listado base del Registro Nacional de Personas desaparecidas y sitios de entierro (RENADE), el cual tiene por objeto la elaboración oficial de una lista de personas desaparecidas en el Perú durante el periodo de violencia, entre 1980 y 2000, utilizando tanto las fuentes del Estado<sup>512</sup> como de la sociedad civil<sup>513</sup>. Si bien es cierto que todo ello supone un gran avance en materia de justicia transicional, aún existen casos abiertos. En cuanto a la búsqueda de las personas desaparecidas, se viene exigiendo la creación de un banco de datos genéticos, de momento existe un proyecto de Ley n.º 2252/2017, para la creación de dicho Banco, ya que es un instrumento necesario para centralizar y preservar información de los perfiles genéticos de los familiares de personas desaparecidas, así como de los cuerpos hallados en las exhumaciones, para poder contrastarlos y procurar la identificación de estos restos.

Del mismo modo, en Perú se están dando muchos avances en cuanto a la búsqueda de personas desaparecidas, como el enjuiciamiento de los responsables de dichas desapariciones, todo ello obedece a los esfuerzos del gobierno para cumplir con sus obligaciones. Este deviene el entorno perfecto, ya que facilita la aplicación de los tres principios fundamentales: derecho a la verdad, justicia y reparación. Así pues, el hecho de que sea el mismo Estado responsable de las desapariciones, un impulsor de estas iniciativas, facilita en cierto modo el enjuiciamiento de los responsables, ya que se cuenta con el apoyo de todo el sistema judicial, -si bien es cierto que no siempre es así-, supone un fuerte impulso, ya que en casos como este se permitirá el cambio en las políticas públicas y se otorgará un nuevo enfoque

<sup>511</sup> Informe final de la Comisión de la verdad y reconciliación, p. 114.

<sup>512</sup> Dirección General de Búsqueda de Personas Desaparecidas (DGBPD), Registro Especial de Ausencia por Desaparición Forzada de la Defensoría del Pueblo, Registro Único de Víctimas (RUV), Sentencias del Poder Judicial, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CVR. Comisión Multisectorial de Alto Nivel (CMAN) y Registro Nacional de Sitios de Entierro.

<sup>513</sup> Equipo Peruano de Antropología Forense (EPAF), Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú (ANFASEP).

respetuoso de los derechos humanos, mientras que en los Estados en los que no se cuenta con el apoyo del gobierno ni del sistema judicial como es el caso español, resulta casi imposible cumplir con estos cometidos.

#### ***1.4.2 El caso de México***

México es un país que viene siendo afectado por el delito de desaparición forzada desde hace muchas décadas. A lo largo de su historia, el país ha atravesado diversas crisis, entre las que podemos destacar la guerra sucia de los años 70, donde se estima que un número aproximado de 532 personas fueron desaparecidas por el gobierno<sup>514</sup>. Hoy en día, el país se sigue viendo envuelto en una crisis de violencia como consecuencia del narcotráfico y del crimen organizado. Los grupos del crimen organizado se dedican principalmente al narcotráfico, pero no exclusivamente. Entre sus otras actividades delictivas destacan además de los asesinatos, la extorsión, el secuestro, robo, «cobro de piso»<sup>515</sup>, control de rutas de migrantes, tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, tráfico de armas, entre otros<sup>516</sup>.

En este contexto los actores estatales cobran vital importancia, puesto que suponen una de las principales fuentes de violencia en México, en unos casos las fuerzas militares tienen a cargo las actividades de seguridad ciudadana, lo cual ha traído consigo un número considerable de quejas por violaciones a los derechos humanos<sup>517</sup>, mientras que en otros, actúan en colusión directa con las bandas de crimen organizado.

Un claro ejemplo de ello, lo encontramos el caso Ayotzinapa, en el cual quedó demostrada la participación de miembros de la policía municipal, estatal federal y el

<sup>514</sup> Informe de la CNDH Sobre Desapariciones Forzadas, 2001, pp. 201-202. «Debe subrayarse que, la presente Recomendación, se refiere al resultado de las investigaciones tendentes al esclarecimiento de 532 casos de personas incluidas en las quejas sobre desapariciones forzadas ocurridas en la década de los 70 y principios de los 80, lo cual, no significa que hubiesen sido los únicos y que dicho tipo de casos se dejara de presentar posteriormente, aunque con un patrón diverso». Asimismo, la AFADDEM, habla de más de 1200 personas desaparecidas en este periodo. V. también Recomendación 26/2001, sobre las quejas en materia de desapariciones forzadas ocurridas en la década de los 70 y principios de los 80.

<sup>515</sup> El cobro de piso se refiere al cobro que algunos grupos del crimen organizado realizan a dueños de negocios, empresas, o inclusive a ciudadanos que no lo son, a cambio de no «molestarles» es decir, de no cometer actos de violencia en su contra.

<sup>516</sup> Cfr. CIDH, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 44.

<sup>517</sup> CIDH, *Situación de los derechos humanos en México*, párr. 37.

ejército, en la desaparición de 43 estudiantes pertenecientes a la escuela normal rural de Ayotzinapa. La CIDH creó el Grupo Interdisciplinario de Expertos independientes (GIEI), para brindar asistencia técnica internacional desde la perspectiva de los derechos humanos en la investigación de la desaparición forzada de los 43 estudiantes de la normal rural Raúl Isidro Burgos de Ayotzinapa, en Guerrero.

Este caso a día de hoy aún no ha sido resuelto y se desconoce el paradero de las personas desaparecidas <sup>518</sup>. Del mismo modo, únicamente se han detenido por secuestro y crimen organizado a dos personas presuntamente implicadas en el caso, lo cual ha sido ampliamente criticado ya que se trata de un delito de desaparición forzada. Esta aplicación de los elementos del tipo es inadecuada y dificulta la investigación de lo realmente sucedido.

Por otra parte, a finales de 2017, se promulgó la Ley General en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares y del sistema nacional de búsqueda de personas, la cual supone un gran avance en materia de protección de derechos humanos. La ley incluye también a las personas desaparecidas en contextos de migración y se centra en la investigación de las desapariciones y los derechos de los familiares de las personas desaparecidas.

En la actualidad, la ley no se ha implementado íntegramente, sin embargo supone un nuevo avance en la erradicación de este delito. En el contexto mexicano hace falta una clara voluntad política para erradicar esta práctica, si bien es cierto que la promulgación de la ley es un hecho muy positivo, ya que entre otras cosas delimita el concepto de desaparición forzada en conformidad con los estándares internacionales en la materia; la corrupción existente en los órganos del Estado y el enfoque dado a la lucha contra el narcotráfico hacen que se sigan violando derechos y muchas de las investigaciones se encuentren en punto muerto.

<sup>518</sup> Para más información ver GIEI, Informe Ayotzinapa I y II. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/actividades/giei.asp>. Ver también, CIDH. Informe de balance. Seguimiento al asunto Ayotzinapa realizado por el Mecanismo Especial de Seguimiento de la CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 82, de 5 junio 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/Mesa/InformebalanceAyotzinapa.pdf>



## 2. LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El sistema europeo de protección de derechos humanos<sup>519</sup> se viene construyendo en el seno del Consejo de Europa (COE), constituido por el tratado de Londres el 5 de mayo de 1949, tiene por objeto principal defender las libertades públicas y la preeminencia del derecho como bases de toda democracia, así como la salvaguarda de los derechos humanos fundamentales<sup>520</sup>. Un año después de la creación del COE, el 25 de agosto de 1950 se aprobó el CEDH. A través del mismo, se estableció la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) y el Tribunal

<sup>519</sup> Para un amplio estudio del sistema europeo, véase entre otros: LÓPEZ GUERRA, L., «La Evolución del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos» en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018, pp. 111-130; LÓPEZ GUERRA, L. y SAIZ ARNAIZ, A., *Los Sistemas Interamericano y Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Una Introducción Desde la Perspectiva del Diálogo Entre Tribunales*. Palestra, 2015; LÓPEZ GUERRA, L., MORTE GÓMEZ, C., MENGUAL i MALLOL, A. y CANO PALOMARES, G., (Coords.). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una Visión Desde Dentro*. En Homenaje al Juez Josep Casadevall, Tirant Lo Blanch, 2015; LÓPEZ GUERRA, L., «El sistema europeo de protección de derechos humanos» en URUEÑA, RENE *et al.*, *Protección Multinivel De Derechos Humanos*. Manual. Red De Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, pp. 165-186; MONTES FERNÁNDEZ, F., «El Consejo de Europa» en *Anuario Jurídico Y Económico Escorialense*, n.º 47, 2014, pp. 57-92; GARCÍA ROCA, F., *et al.*, *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014; SAURA ESTAPA, J. y AGUILERA VAQUÉS, M., *Reconocimiento y Protección de Derechos Emergentes En El Sistema Europeo De Derechos Humanos*, Dykinson. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2012; BURGORGUE-LARSEN, L., *La Convention Européenne des Droits de l'homme*, L.G.D.J. Lextenso Éditions, 2012; CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, 2012; BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: from its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010; HART, J., "The European Human Rights System" en *Law Library Journal*, vol. 102, n.º 4, 2010, pp. 533-559; PASTOR RIDRUEJO, J., «Sesenta Años Del Consejo De Europa» en *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, n.º 33, 2009, pp. 441-449; LÓPEZ GUERRA, L., «El carácter dinámico del sistema europeo de derechos humanos» en CARBONELL MATEU, J. *et. al.* (dirs.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 1178-1188; PUSCA, B., "European Protection System of Human Rights" en *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, vol. 2, n.º 1, 2006, pp. 11-20; CARRILLO SALCEDO, J., *El Convenio Europeo De Derechos Humanos*, Tecnos, 2003; LEUPRECHT, P. y DELAS, O., «Cinquante Ans De Convention Européenne Des Droits De L'Homme - La Convention Européenne : Un Chef D'œuvre En Péril ? » en *Revue Québécoise De Droit International*, vol. 13, n.º 1, 2000, pp. 7-23; GARCÍA JIMÉNEZ, M., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Umbral Del Siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Universitat De Valencia, 1998; HEFFERNAN, L., *Human Rights: a European Perspective*, The Round Hall Press: Irish Centre for European Law, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La Convención Europea De Derechos Humanos, Requisito Moral y Económico para la Integración» en *Foro Internacional*, vol. 33, n.º 2, 1993, pp. 299-312; McDONALD, R., MATSCHER, F. & PETZOLD, H. (eds.): *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, 1993; DELMAS-MARTY, M., *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*. Martinus Nijhoff, 1992; MASKIN, H., *El Sistema Europeo De Derechos Humanos*, Universidad de Buenos Aires, 1973.

<sup>520</sup> Véase: CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de derechos humanos*, ob. cit., p. 25.

Europeo de Derechos Humanos<sup>521</sup> (TEDH o el Tribunal). La Comisión era el órgano encargado de conocer las comunicaciones que presentaban las partes y decidía acerca de la admisibilidad de las mismas, sin embargo su funcionamiento llegó a su fin en 1998, tras ser sustituida por el nuevo TEDH de carácter permanente; con base en el Protocolo 11 al Convenio<sup>522</sup>. Uno de los aspectos más interesantes introducidos por la reforma, fue la legitimación activa del demandante para poder presentarse directamente ante el nuevo TEDH<sup>523</sup>. Más adelante, en 1999, se creó en el seno del COE la institución del Comisario de Derechos Humanos<sup>524</sup>, el cual está encargado de promover los derechos humanos en el continente europeo, entre sus diversos temas de trabajo se encuentran las desapariciones forzadas<sup>525</sup>.

## **2.1 La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la desaparición forzada**

### **2.1.1 El concepto utilizado por el TEDH y su evolución**

El TEDH viene conociendo casos de desaparición forzada desde los años 90<sup>526</sup>, cuando empezaron a llegar los primeros casos a la antigua Comisión Europea de

<sup>521</sup> Para más información sobre este órgano véase: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights*.: Third Millennium Information, 2010; PASTOR RIDRUEJO, J., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La Reforma De La Reforma» en *Persona y Derecho: Revista De Fundamentación De Las Instituciones Jurídicas y De Derechos Humanos*, n.º 44, 2001, pp. 51-64; WOLFRUM, R. & DEUTSCH, U., *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*. Springer, 2009; ARRIAGA, I. y ZOCO, C., «El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de proyecto a realidad» en *Revista de la Jiga Española para la Defensa de los Derechos del Hombre*, vol. 1, 1998, pp. 23-38; EISSEN, M. *et al.*, «La Cour Européenne Des Droits De l'Homme» en *Cahiers De Droit*, vol. 25, n.º 4, 1984, pp. 873-933.

<sup>522</sup> Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio (*Estrasburgo, 11 de mayo de 1994*). Para más información, véase: MARÍN LÓPEZ, A., «La reforma del Sistema de Protección de los derechos del hombre en el Consejo de Europa: El Protocolo N° 11 al Convenio Europeo de 1950» en *Anuario Español De Derecho Internacional*, n.º 11, 1995, pp. 169-202; SALADO OSUNA, A., «El Protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 21, 1994, pp. 943-965; DREZEMCZEWSKI, A. and MEYER-LADEWING, J., "Principal characteristics of the news of ECHR control mechanism, as established by Protocols No. 11, signed on 11 May 1994" en *Human Rights Law Journal*, vol. 15, n.º 3, 1994, pp. 81-86; SCHERMERS, H., "The eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights" en *European Law Review*, vol. 19, n.º 4, 1994, pp. 367-382.

<sup>523</sup> El artículo 34 del CEDH establece: El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

<sup>524</sup> Commissioner for human rights.

<sup>525</sup> Véase Missing persons and victims of enforced disappearance in Europe, ob. cit.

<sup>526</sup> Véase: KELLER, H. & HERI, C., "Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, n.º 4, 2014, pp. 735-750; KELLER, H.,



derechos humanos. El Tribunal suele aplicar con más frecuencia el artículo 2 (derecho a la vida), artículo 3 (prohibición de la tortura) y artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) del CEDH en las desapariciones forzadas. El artículo 2 reconoce el derecho a la vida, el cual posee una doble vertiente: la sustantiva y la procesal. La primera vertiente protege el derecho a la vida de manera positiva, por lo que nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente y también establece la obligación de los Estados de velar por la seguridad y no colocar en riesgo la vida de las personas<sup>527</sup>. La segunda vertiente establece la obligación de llevar a cabo una investigación sobre cualquier muerte<sup>528</sup> de manera efectiva<sup>529</sup>, independiente, pronta y expedita, capaz de establecer los hechos y accesible para el público y los familiares; también debe ser exhaustiva<sup>530</sup>. Esta obligación es de medios y no de resultado<sup>531</sup>, sin embargo cualquier deficiencia en la investigación que socave su capacidad para establecer las circunstancias del caso o de la persona responsable correrá el riesgo de incumplir el estándar de efectividad requerido<sup>532</sup>.

Por otra parte, el artículo 3 establece que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. En los casos de desaparición se viene aplicando tanto a las víctimas desaparecidas y/o a los familiares de las mismas, según cada caso como iremos viendo. A su vez, el artículo 5 reconoce el derecho a la

& CHERNISHOVA, O., "Disappearance cases before the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: Convergences and Divergences" en *Human Rights Law Journal*, vol. 32, n.º 7-12, 2012, pp. 237-249; SETHI, G. S., "The European Court of Human Rights' Jurisprudence on Issues of Forced Disappearances" en *Human Rights Brief*, vol. 8, n.º 3, 2001.

<sup>527</sup> States should not only refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction, in particular by putting in place effective criminal-law provisions backed up by law-enforcement machinery (*J.C.B. v. the United Kingdom*, judgment of 9.06.1998 ; *Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28.10.1998).

<sup>528</sup> Article 2 implies positive obligations of a procedural aspect, including the duty for States to investigate deaths that may have occurred in breach of the Convention (*McCann and Others v. the United Kingdom*). "The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility (*Angelova v. Bulgaria*, párr. 137, *Jasinskis v. Latvia*, párr. 72).

<sup>529</sup> Generally speaking, for an investigation to be effective, the persons responsible for carrying it out must be independent from those targeted by it. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence (ver *Nachova y otros c. Bulgaria*, párr. 110 y *Halat c. Turquía*, párr. 51).

<sup>530</sup> *Mocanu v. Romania*, párr. 325. Lastly, the investigation must be thorough, which means that the authorities must always make a serious attempt to find out what happened and should not rely on hasty or ill-founded conclusions to close their investigation (see *El-Masri*, *supra*, párr. 183).

<sup>531</sup> The procedural obligation under Article 2 is indeed not an obligation of result, but of means (véase entre otras: *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, n.º 24746/94, párr. 107, ECHR 2001-III). *Case of Palić v. Bosnia and Herzegovina*, párr. 65.

<sup>532</sup> *Mocanu*, *supra*, párr. 322, véase *El-Masri*, *supra*, párr. 183).

libertad y a la seguridad, el cual se viola cuando se priva de libertad a las personas sin cumplir ningún requisito establecido por la ley.

La primera aproximación al concepto de desaparición por parte del TEDH llegó con el *Asunto Kurt c. Turquía*<sup>533</sup> de 25 de mayo de 1998, el cual fue el primer caso de una larga lista de desapariciones llevadas a cabo por Turquía en el marco de la lucha contra el Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK)<sup>534</sup>. En este caso, se vio por última vez al hijo de la demandante rodeado de militares turcos, por lo que el TEDH declaró la violación del artículo 3 con respecto a la demandante y el artículo 5 y 13 respecto a la persona desaparecida, sin embargo declaró que el artículo 2 no había sido violado, ya que consideró que no existían pruebas concretas que demostrasen más allá de toda duda razonable, que el hijo de la demandante hubiese muerto bajo custodia de los militares turcos ni que las autoridades no protegieron su vida.

El Tribunal consideró que todos estos actos debían ser enmarcados dentro del artículo 5, por lo que determinó que la detención supuso una grave violación del derecho a la libertad, junto a la falta de una investigación efectiva de la misma. En relación al artículo 3, el Tribunal declaró que únicamente había habido una violación con respecto a la demandante, ya que la misma había sido testigo de la detención de su hijo y de su posterior desaparición, asimismo, sus declaraciones no habían sido tenidas en cuenta por el fiscal, por lo que no había información oficial sobre el destino del desaparecido, lo cual prolongó su angustia.

En contraposición, no se declaró la violación del art. 3 con respecto a su hijo, ya que no había quedado probado que hubiese padecido torturas o malos tratos estando bajo custodia militar. Del mismo modo, el Tribunal declaró la violación del art. 13 por falta de un recurso efectivo, ya que nunca se tomaron en cuenta las declaraciones de la demandante, ni se llevó a cabo una investigación de los hechos denunciados.

En los siguientes casos de desaparición contra Turquía, el TEDH si declaró la violación del artículo 2. En *akzcz c. Turquía*<sup>535</sup>, el Tribunal reconoció que la víctima había sido detenida y maltratada bajo custodia estatal. Asimismo concluyó que existían pruebas circunstanciales suficientes, basadas en elementos concretos, sobre

<sup>533</sup> Cfr. TEDH. *Asunto Kurt c. Turquía*, Sentencia, demanda n.º 24276/94.

<sup>534</sup> Véase: CHEVALIER-WATTS, J., "The Phenomena of Enforced Disappearances in Turkey and Chechnya: Strasbourg's Noble Cause?" en *Human Rights Review*, vol. 11, n.º 4, 2010, pp. 469-490.

<sup>535</sup> TEDH. *Asunto akzcz c. Turquía*. Judgment (Merits and Just Satisfaction) (GC) 8 de julio de 1999.

las cuales se pudo concluir, más allá de toda duda razonable, que Ahmet Cakıcı murió tras ser aprehendido y detenido por las fuerzas de seguridad. El Tribunal manifestó a continuación que este caso debería ser diferenciado del Asunto Kurt c. Turquía, ya que a pesar de que en ese caso, la víctima también había sido detenida, no existían otros elementos de prueba que evidenciasen los malos tratos sufridos o su paradero después de ser detenido<sup>536</sup>. Por todo ello, declaró la violación del artículo 5 y el artículo 2 en su doble vertiente, por violación de la obligación sustantiva debido a la atribución de la muerte al Estado y por la violación de la obligación procesal debido a la falta de investigación de dicha desaparición con resultado de muerte.

El Tribunal también declaró la violación del artículo 3 con respecto a la víctima de desaparición, ya que consideró que había sufrido torturas y malos tratos en virtud del testimonio de un compañero de celda, sin embargo no lo consideró así con respecto al demandante, hermano de la víctima. En este sentido, el Tribunal nuevamente recurrió al Asunto Kurt, manifestando que lo recogido en dicha sentencia no establecía ningún principio general según el cual un familiar de una persona desaparecida siempre es una víctima de un trato contrario al artículo 3<sup>537</sup>. El Tribunal hizo referencia a ciertos factores a tener en cuenta:

- La proximidad de la relación familiar
- Las circunstancias de dicha relación
- La medida en que los hechos fueron presenciados por el familiar
- La participación del familiar en los intentos de obtener información sobre la persona desaparecida
- La forma en que las autoridades respondieron a esos intentos de obtener información; considerando el Tribunal que esta violación no reside en el mismo hecho de la desaparición sino en la reacción y actitud de las autoridades con respecto a la misma.

<sup>536</sup> Cfr. TEDH. Asunto *Çakıcı c. Turquía*. Sentencia 23657/94, párr. 85.

<sup>537</sup> Cfr. TEDH. Asunto *Çakıcı*, *supra*, párr. 98. Traducción propia. "The Kurt case does not however establish any general principle that a family member of a "disappeared person" is thereby a victim of treatment contrary to Article 3." Véase: MURRAY, A., "Enforced Disappearance and Relatives' Rights before the Inter-American and European Human Rights Courts" en *International Human Rights Law Review*, vol. 2, n.º 1, 2013, pp. 57-81; DECAUX, E., « La problématique des disparitions forcées à la lumière des articles 2 et 3 CEDH » en DE CHASSIN, C., *La portée de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas: Bruylant, 2006, pp. 157-178.

Como bien señala CHINCHÓN, «a ello cabrá agregar algunas adiciones posteriores, como las relativas a los supuestos en que tras la desaparición se produce el descubrimiento del cadáver, en los que se ha valorado también el tiempo transcurrido hasta la aparición del cuerpo<sup>538</sup>, en función incluso de si se recuperaron en todo o en parte los restos de la persona desaparecida<sup>539</sup>»<sup>540</sup>. En el mismo sentido, en *Ertak c. Turquía*, el Tribunal declaró la violación del art. 2 también en su doble vertiente, al considerar que existían numerosos testigos que afirmaban haber visto a la víctima muerta después de haber sido torturada por miembros de la policía. Asimismo, las denuncias interpuestas por el padre de la víctima nunca fueron contestadas por el Estado y jamás se llevó a cabo una investigación a pesar de los numerosos testimonios que situaban al desaparecido bajo custodia policial.

El caso siguiente a resaltar es *Timurta:ı c. Turquía* de 13 de junio del 2000, ya que en el mismo se hizo referencia directa por primera vez a la presunción de muerte del desaparecido, alegando que el tiempo transcurrido desde que la persona fue detenida -si bien no es decisivo en sí mismo- es un factor relevante a tener en cuenta. Debe aceptarse que mientras más tiempo pasa sin que haya noticias de la persona detenida, mayor es la probabilidad de que él o ella haya muerto<sup>541</sup>. En el caso concreto, el Tribunal consideró que el tiempo transcurrido desde que la víctima fue detenida (seis años y medio) era un periodo bastante más largo en comparación con el caso Kurt, del mismo modo añadió que mientras que en el caso Kurt la víctima había sido vista por última vez rodeada de militares, en el presente caso había sido probada la aprehensión del desaparecido y su posterior ingreso en un centro de detención.

El Tribunal también tuvo en consideración el contexto general de la situación en el sudeste de Turquía en 1993, alegando que una detención no reconocida pondría en

<sup>538</sup> TEDH. Asunto *Gongadze c. Ucrania*, de 8 de noviembre de 2005.

<sup>539</sup> TEDH. Asunto *Khadzhaliyev y otros c. Rusia*, de 6 de noviembre de 2008.

<sup>540</sup> CHINCHÓN, J., Las desapariciones forzadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en CASADO, M. y LÓPEZ ORTEGA, J. J. (coords.). *Desapariciones Forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del Convenio de la ONU a las búsquedas através del ADN*, UNESCO-Cátedra de Bioética de la Universitat de Barcelona y Observatori de Bioetica i Dret, Barcelona, 2015, pp. 341-359.

<sup>541</sup> Cfr. TEDH. Asunto *Timurta:ı c. Turquía*. Sentencia 23531/94, párr. 83. Traducción propia "In this respect the period of time which has elapsed since the person was placed in detention, although not decisive in itself, is a relevant factor to be taken into account. It must be accepted that the more time goes by without any news of the detained person, the greater the likelihood that he or she has died [ - ]"

peligro su vida<sup>542</sup>, por todo ello consideró que debía presumirse la muerte del desaparecido como consecuencia de la detención llevada a cabo por las fuerzas de seguridad, por lo que declaró la violación del artículo 2 en ambas vertientes, declarando que Turquía era responsable por la muerte del desaparecido y por la falta de investigación. Del mismo modo, declaró la violación del art. 3 con respecto al demandante, debido a la conducta de los agentes estatales que ignoraron y negaron en todo momento que su hijo hubiese sido detenido. El Estado consideró que no se cumplían los requisitos exigidos en la jurisprudencia, ya que hacía dos años que el padre no tenía contacto con su hijo antes de la desaparición, hecho que fue tenido en cuenta por el Tribunal y por lo que se declaró que este elemento de ninguna manera impidió que el solicitante sintiera una gran preocupación al recibir la noticia de la aprehensión de su hijo.

Otro caso importante es el *Asunto Chipre c. Turquía*<sup>543</sup>, ya que fue el segundo caso en la historia del Tribunal en el que la demanda involucraba a dos Estados, el primero fue el Asunto de Irlanda c. el Reino Unido en 1978<sup>544</sup>. El caso tiene que ver con la invasión efectuada en el norte de Chipre por Turquía, desde que esta última efectuara allí operaciones militares en julio y agosto de 1974 y su consiguiente división. Esta fue la primera sentencia en declarar a un Estado parte responsable de violaciones continuas de numerosos derechos en un largo período de tiempo<sup>545</sup>. Asimismo, conviene destacar que entre otros, el Tribunal declaró la violación continua del artículo 2 en su vertiente procesal, debido a la falta de investigación efectiva para esclarecer el paradero y el destino de las personas que desaparecieron en circunstancias que ponían en peligro sus vidas<sup>546</sup>. En el mismo sentido, el Tribunal declaró la violación continua del artículo 5, debido a que las autoridades del Estado demandado no llevaron a cabo una investigación efectiva sobre el paradero y el destino de los desaparecidos, respecto de los cuales existe un argumento defendible de que estaban bajo su custodia en el momento en el que desaparecieron<sup>547</sup> y la violación

<sup>542</sup> Ver entre otras, *Osmanoglu v. Turkey*, n.º 48804/99, 24 January 2008; *Akdeniz v. Turkey*, n.º 25165/94, 31 May 2005; *ipek v. Turkey*, n.º 25760/94; *Akdeniz and Others v. Turkey*, n.º 23954/94, 31 May 2001; *Çiçek v. Turkey*, Application n.º 25704/94; *Taşı v. Turkey*, n.º 24396/94, 14 November 2000; *Timurtaş v. Turkey*, *supra*; *Ertak v. Turkey*, n.º 20764/92, ECHR 2000-V y *Çakıcı v. Turkey*, *supra*.

<sup>543</sup> *Asunto Chipre c. Turquía* (Demanda n.º 25781/94) Sentencia de 10 mayo de 2001.

<sup>544</sup> *Asunto Irlanda c. el Reino Unido* (Demanda n.º 5310/71).

<sup>545</sup> LOUCAIDES, L., "The judgment of the European Court of Human Rights in the case of Cyprus v. Turkey" en *Zeiden Journal of international law*, vol. 15, issue 1, 2002, p. 226.

<sup>546</sup> *Asunto Chipre c. Turquía*, *supra*, párr. 136.

<sup>547</sup> *Ibidem*, párr. 150.

continúa del artículo 3 respecto a los familiares de las personas desaparecidas, ya que las autoridades del Estado demandado no realizaron ninguna investigación sobre las circunstancias que rodearon las desapariciones.

El Tribunal manifestó que debido a la falta de información sobre su destino, los familiares de las personas desaparecidas fueron condenados a vivir en un estado prolongado de ansiedad aguda, que no puede decirse que haya sido borrado con el paso del tiempo. El Tribunal en este caso no consideró que el hecho de que ciertos familiares no hubiesen presenciado la detención de miembros de la familia o denunciado a las autoridades del Estado demandado, les privase de la condición de víctima con arreglo al artículo 3. Para ello tuvo en cuenta que la operación militar provocó pérdidas considerables de vidas, arrestos y detenciones a gran escala y la separación forzada de familias, declarando que:

El contexto general aún permanece claro en las mentes de los familiares de personas cuyo destino nunca ha sido explicado por las autoridades. Soportan la agonía de no saber si los miembros de la familia fueron asesinados en el conflicto o si aún están detenidos o, si han sido detenidos, han fallecido desde entonces. El hecho de que un número considerable de grecochipriotas haya tenido que buscar refugio en el sur, junto con la continuación de la división de Chipre, debe considerarse un obstáculo muy grave a su búsqueda de información. El suministro de dicha información es responsabilidad de las autoridades del Estado demandado, la cual no ha sido cumplida. Para el Tribunal el silencio de las autoridades del Estado demandado frente a las preocupaciones reales de los familiares de las personas desaparecidas alcanza un nivel de severidad que solo puede clasificarse como trato inhumano en el sentido del artículo 3<sup>548</sup>.

Con respecto a las contradicciones respecto al artículo 3 en aplicación de los familiares de los desaparecidos, estas se siguieron dando cuando el TEDH reconoce en el Asunto *Ipek c. Turquía*<sup>549</sup>, sentencia del 17 de mayo de 2004, la violación del artículo 3 del CEDH respecto de un padre que ha perdido a sus hijos, pero no la

<sup>548</sup> Ib., párr. 157-158.

<sup>549</sup> TEDH. Asunto *Ipek c. Turquía*, Demanda n.º 25760/94, sentencia firme de 17 de mayo de 2004.

reconoce en el Asunto Tekdag c. Turquía<sup>550</sup>, sentencia del 15 de enero de 2004, respecto de una mujer que ha perdido a su marido<sup>551</sup>.

GRAMMER entiende que las diferencias de tratamiento por parte del TEDH tienen su base no «en una relación privilegiada padres-hijo, sino en el distinto compromiso y esfuerzo puestos de manifiesto por el familiar en cada caso concreto para superar las trabas puestas por el Estado en su búsqueda»<sup>552</sup>. Es decir, esta apreciación quedaría únicamente bajo discreción del Tribunal y su opinión acerca de los esfuerzos realizados por los demandantes y la respuesta ofrecida por el Estado. No sería hasta el Asunto Varnava c. Turquía<sup>553</sup> de 18 de septiembre de 2009, cuando se establecerían unas directrices a seguir con respecto a las desapariciones, las cuales continúan aplicándose a día de hoy. El Asunto Varnava confirmó que para determinar la violación del artículo 3 respecto de los familiares de las personas desaparecidas, el Tribunal otorga mayor peso a las respuestas ofrecidas por las autoridades y su actitud cuando tuvieron conocimiento de la desaparición. Hasta esta sentencia, el TEDH había manifestado los elementos a tener en cuenta para declarar la violación del artículo 3 respecto de los familiares sin realizar ninguna diferenciación<sup>554</sup>.

En cuanto a la carga de la prueba, el TEDH ha declarado que cuando existen versiones contradictorias acerca de los hechos y le corresponde establecer las circunstancias de la desaparición, en ocasiones debe realizar las funciones de un

<sup>550</sup> TEDH. Asunto Tekdag c. Turquía, Demanda n.º 27699/95), sentencia firme de 14 de junio de 2004.

<sup>551</sup> Sobre la ambigüedad y contradicción existente en las sentencias del TEDH respecto de Turquía, ver SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The struggle* -, ob. cit., pp. 209 y ss.

<sup>552</sup> Cfr. GRAMMER, C., *Der Tatbestand*, ob. cit., pp. 61 y 64.

<sup>553</sup> TEDH. Varnava c. Turquía, demandas 16064/90, 16065/90, 16066/90 et al., sentencia de 18 de septiembre de 2009. Véase: COCONI, L., "Convergencias entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana: la cuestión de las desapariciones forzadas. El caso Varnava contra Turquía" en SAURA ESTAPA, J. y AGUILERA VAQUÉS, M., *Reconocimiento y Protección De Derechos Emergentes En El Sistema Europeo De Derechos Humanos*. Dykinson, Instituto De Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas, Universidad Carlos III, 2012.

<sup>554</sup> Cfr. Orhan c. Turquía, n.º 25656/1994, párr. 358; Imakayeva c. Rusia, n.º 7615/02, párr. 164. Ambos casos señalan que habrá que atender a la proximidad de la relación familiar, las circunstancias de dicha relación, la medida en que los hechos fueron presenciados por el familiar, la participación del familiar en los intentos de obtener información sobre la persona desaparecida y la forma en que las autoridades respondieron a estas peticiones. Mientras que en Varnava, *supra*, párr. 200, el TEDH establece que la esencia de la violación del artículo 3 respecto de los familiares de la persona desaparecida radica en la reacción de las autoridades y su actitud frente a la situación en concreto cuando es puesta bajo su conocimiento, añadiendo que existen también otros factores importantes a tener en cuenta que son los mencionados anteriormente.



tribunal de primera instancia respecto a la valoración de la prueba y el establecimiento de hechos<sup>555</sup>.

Para tal fin, el tribunal puede acudir a informes de terceros, diversas ONG, informes temáticos o incluso el aporte de otros Estados. En suma, el principio recogido en el Convenio por el que la prueba recae sobre el que afirma los hechos<sup>556</sup> no se aplica de manera estricta, ya que en casos relativos al derecho a la vida o a la prohibición de la tortura, la carga recae sobre las autoridades cuando estas hayan conocido los hechos, como puede ser el caso de personas que se encuentren bajo su custodia, cuando hayan sufrido cualquier daño corporal o haya ocurrido un fallecimiento durante el periodo de detención, en estos casos las autoridades deberán ofrecer una explicación satisfactoria y convincente<sup>557</sup>. Si las autoridades no son capaces de ofrecer esta explicación de los hechos, el TEDH puede llegar a conclusiones no favorables al Estado demandado<sup>558</sup>.

Todo ello es aplicable a los casos de desapariciones forzadas en las que se examinan los hechos desde el prisma del artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), incluso cuando no se ha podido probar fehacientemente que la persona fue detenida por las autoridades, pero hay indicios de que la persona fue requerida por las mismas, permaneció en un lugar bajo su control y posteriormente no fue nunca más vista. El TEDH es rotundo al afirmar que en estas situaciones, corresponderá al Estado ofrecer una explicación convincente sobre lo sucedido y aportar pruebas que demuestren que la persona privada de libertad abandonó el lugar de detención<sup>559</sup>.

Algunas autoras, entre ellas la jueza del TEDH, Helen KELLER, afirman que esta evolución en cuanto a la inversión de la carga de la prueba obedece a la falta de colaboración de los Estados con el tribunal en casos de desaparición forzada<sup>560</sup>.

<sup>555</sup> Cfr. *El-Masri*, *supra*, párr. 151.

<sup>556</sup> Principio *affirmanti incumbit probatio*.

<sup>557</sup> *Sentencias El-Masri*, *supra*, párr. 152, *Salman c. Turquía* [GS], n.º 21986/1993, párr. 100; *<akzcz*, *supra*, párr. 85 y *Rupa c. Rumanía*, n.º 58478/2000, párr. 97, 16 de diciembre de 2008.

<sup>558</sup> *Sentencia Orhan contra Turquía*, n.º 25656/1994, párr. 274, 18 de junio de 2002; *El-Masri*, *supra*, párr. 152.

<sup>559</sup> *Sentencias Tanis y otros c. Turquía*, n.º 65899/2001, párr. 160; *Zaurbekov y Yusupova c. Rusia*, n.º 22057/2002, párr. 52, 9 de octubre de 2008.

<sup>560</sup> Véase: KELLER, H. & HERI, C., "Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights", *ob. cit.*, p. 739; CHERNISHOVA, O. & VAJÍÉ, N., "The Court's evolving response to the states' failure to cooperate" en SPIELMANN, D., TSIRLI, M. & VOYATZIS (eds.). *La Convention*



### ***2.1.2 La desaparición forzada como delito continuado o permanente***

El TEDH es mucho más reticente a la hora de declarar la desaparición forzada como un delito continuado y también a aplicar sus consecuencias. A diferencia de la CorteIDH que ha conocido numerosas desapariciones practicadas antes de la entrada en vigor de la CADH en virtud de la naturaleza continua del delito y su gravedad, el TEDH ha afirmado que:

El articulado del Convenio no vincula a una parte contratante respecto a las acciones o hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor del Convenio de dicha parte (la «fecha crítica») ni tampoco respecto a situaciones que dejaron de existir antes de dicha fecha. Éste es un principio establecido por la jurisprudencia del Tribunal y se basa en un principio general de derecho internacional consagrado en el artículo 28 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado el 23 de mayo de 1969<sup>561</sup>.

Por otra parte, el TEDH ha declarado que las desapariciones no son un acto o hecho instantáneo, sino que cuentan con un elemento adicional: la omisión de dar cuenta del paradero y destino de la persona desaparecida, lo que da lugar a una situación continua. Por lo tanto, la obligación procesal, potencialmente, persistirá mientras el paradero de la persona no sea determinado; asimismo, una continua falta de investigación, se podrá considerar como una violación continua<sup>562</sup>. Esta obligación de investigar es independiente y autónoma, en este sentido, puede considerarse una obligación separable derivada del artículo 2, capaz de vincular al Estado incluso cuando el fallecimiento de la persona tuvo lugar antes de la fecha crítica<sup>563</sup>. Para que esto sea posible, se debe atender a dos factores, la regla de los seis meses y el vínculo real.

- Regla de los seis meses; esta regla es uno de los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 35.1 del Convenio, que debe cumplirse antes de

*européenne des droits de l'homme, un instrument vivant: Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, 2011, p. 62.

<sup>561</sup> TEDH. *Janowiec y otros c. Rusia* (GS) Demandas n.º 55508/07 y 29520/09, sentencia de 21 de octubre de 2013, párr. 128; *Varnava y otros c. Turquía* [GS], párr. 130; *Silih c. Eslovenia* [GS], n.º 71463/01, párr. 140, 9 de abril de 2009 y *Blečić c. Croacia* [GS], n.º 59532/00, párr. 70.

<sup>562</sup> V. *Cyprus v. Turkey*, *supra*, párr. 136; *Varnava*, *supra*, párr. 148.

<sup>563</sup> V. *Varnava*, *supra*, párr. 138; *Silih*, *supra*, párr. 159.

que el Tribunal pueda examinar un caso, en consecuencia los demandantes deben haber agotado los recursos internos y deben haber presentado sus reclamos dentro de un periodo de seis meses a partir de la fecha de la decisión nacional final. El plazo de seis meses tiene una serie de objetivos, siendo el principal mantener la seguridad jurídica, garantizando que los casos que plantean cuestiones en el marco del Convenio se examinen en un plazo razonable y eviten que las autoridades y otras personas afectadas permanezcan en un estado de incertidumbre durante un largo período de tiempo<sup>564</sup>. En lo relativo a la obligación procesal de investigar según el artículo 2, el TEDH ha declarado que la regla de los seis meses no se aplica a las situaciones continuas<sup>565</sup> ya que hasta que la situación no cese, el periodo de seis meses no se verá afectado. Este enfoque ya se dio en el Asunto Chipre c. Turquía, recordemos que el Tribunal condenó a Turquía entre otros por la violación del artículo 2 por incumplimiento de la obligación de investigar las desapariciones. Sin embargo, esta obligación procesal puede ser restringida por el transcurso del tiempo, ya que el Tribunal impone una carga al demandante para garantizar que sus quejas se presenten ante el Tribunal con la expedición necesaria para que estas se resuelvan de manera adecuada y justa.

En ese contexto, el Tribunal reconoce que no todas las situaciones continuas son iguales; la naturaleza de la situación puede ser tal que el paso del tiempo afecte lo que está en juego. En los casos de desapariciones, así como es imperativo que las autoridades nacionales pertinentes inicien una investigación y tomen medidas tan pronto como una persona haya desaparecido en circunstancias que pongan en peligro la vida, es indispensable que los demandantes, que son familiares de personas desaparecidas, no tarden indebidamente en presentar una queja ante el Tribunal sobre la ineficacia o falta de dicha investigación. Con el paso del

<sup>564</sup> Véase: *Sabri Güneç v. Turkey* [GS], n.º 27396/06, párr. 39, 29 June 2012; *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GS], n.º 39630/09, párr. 135; *Bayram and Yzldzrm v. Turkey* (dec.), n.º 38587/97. *Mocanu y otros c Rumania*, párr. 258. Traducción propia. "The Court reiterates that the six-month time-limit provided for by Article 35 § 1 of the Convention has a number of aims. Its primary purpose is to maintain legal certainty by ensuring that cases raising issues under the Convention are examined within a reasonable time, and to prevent the authorities and other persons concerned from being kept in a state of uncertainty for a long period of time."

<sup>565</sup> *Cone c. Rumanía*, de 24 de junio de 2008, párr. 22.

tiempo, la memoria de los testigos se desvanece, los testigos pueden morir o ser ilocalizables, las pruebas se deterioran o pierden, y las perspectivas de que pueda ser emprendida cualquier investigación eficaz disminuye cada vez más; y el propio examen y enjuiciamiento por parte del Tribunal pueden quedar privados de sentido y eficacia. En consecuencia, en lo que respecta a las desapariciones, los demandantes no pueden esperar indefinidamente antes de llegar a Estrasburgo. Deben demostrar cierta diligencia e iniciativa e introducir sus quejas sin demora<sup>566</sup>.

Precisamente en el Asunto Varnava, el Tribunal conoció de desapariciones que habían tenido lugar en 1974, mientras que la demanda contra Turquía, se presentó en 1990, es decir unos dieciséis años más tarde. Asimismo, Turquía reconoció el derecho a presentar demandas individuales en 1987. En este caso, el Tribunal tuvo en cuenta las especiales circunstancias del caso, ya que los demandantes se encontraban entre un gran grupo de personas afectadas por las desapariciones, en medio de un conflicto internacional donde no existían procedimientos normales de investigación, por lo que esperaron razonablemente el resultado de las iniciativas tomadas por su gobierno y las Naciones Unidas. Cuando en abril de 1990, los mecanismos de investigación informaron acerca de las enormes dificultades a la hora de llevar a cabo la investigación, fue cuando las víctimas acudieron al Tribunal, por lo que el TEDH consideró que los demandantes actuaron con debida diligencia de conformidad con el artículo 35.1 del Convenio. Finalmente el Tribunal declaró la violación continua del artículo 2 por la falta de investigación de la desaparición forzada. El Tribunal también hizo una diferencia entre los casos de desaparición y muerte, reconociendo que:

<sup>566</sup> TEDH. *Varnava, supra*, párr. 161. Traducción propia. "161. In that context, the Court would confirm the approach adopted by the Chamber in the present applications. Not all continuing situations are the same; the nature of the situation may be such that the passage of time affects what is at stake. In cases of disappearances, just as it is imperative that the relevant domestic authorities launch an investigation and take measures as soon as a person has disappeared in life-threatening circumstances, it is indispensable that the applicants, who are the relatives of missing persons, do not delay unduly in bringing a complaint about the ineffectiveness or lack of such investigation before the Court. With the lapse of time, memories of witnesses fade, witnesses may die or become untraceable, evidence deteriorates or ceases to exist, and the prospects that any effective investigation can be undertaken will increasingly diminish; and the Court's own examination and judgment may be deprived of meaningfulness and effectiveness. Accordingly, where disappearances are concerned, applicants cannot wait indefinitely before coming to Strasbourg. They must make proof of a certain amount of diligence and initiative and introduce their complaints without undue delay. What this involves is examined below."

[ - ] una desaparición es un fenómeno diferente, caracterizado por una situación en la que los familiares se enfrentan de manera continuada a una incertidumbre y a una falta de explicaciones y de información acerca de lo sucedido o incluso a una ocultación deliberada o a una confusión sobre lo ocurrido [ - ] Con frecuencia esta situación se dilata en el tiempo prolongando el suplicio de los familiares de la víctima. Por eso no puede afirmarse que una desaparición sea simplemente un acto o suceso «instantáneo» ya que el elemento adicional y característico de la falta de explicaciones sobre la suerte corrida por la persona desaparecida y sobre su paradero genera una situación continuada. Por tanto, teóricamente la obligación procesal existiría hasta que se determine la suerte corrida por el desaparecido. La ausencia de una investigación se considerará una violación continuada [ - ] Esto es así, incluso cuando se pueda presumir que la víctima finalmente ha fallecido<sup>567</sup>.

El TEDH declaró que teóricamente la obligación procesal de investigar, existiría hasta que se determine el paradero de la persona desaparecida, sin embargo luego pondrá restricciones en algunos casos por no cumplir otros aspectos. Asimismo, consideró que existe una mayor dificultad en cuanto a obtención de información en los casos de desaparición, lo cual no justifica el retraso por parte de los demandantes al acudir al Tribunal una vez que han tenido conocimiento de que no se ha iniciado una investigación o que la investigación está inactiva o ha llegado a ser ineficaz y, en cualquiera de estas circunstancias, no hay una inmediata y real perspectiva de que se vaya a llevar a cabo una investigación eficaz en el futuro<sup>568</sup>. Este deber de diligencia exigido por el Tribunal tiene dos aspectos distintos, el primero impone la obligación de acudir de inmediato a las autoridades nacionales, según las circunstancias de cada caso, existiendo dos excepciones:

En primer lugar, en los casos en que las autoridades conocieron los hechos por haber sido testigo de las violaciones a pesar de no existir una queja expresa:

[ - ] la demora de los demandantes en presentar una queja no es decisiva cuando las autoridades deberían haber tenido conocimiento de que una persona podría haber sido sometida a malos tratos, en particular en el caso de una agresión que ocurre en

<sup>567</sup> Ibidem, párr. 148.

<sup>568</sup> Ibid., párr. 165.

presencia de una persona u oficiales de policía, ya que el deber de las autoridades de investigar surge incluso en ausencia de una queja expresa<sup>569</sup>.

Esa demora tampoco afecta la admisibilidad de la solicitud cuando el demandante estaba en una situación particularmente vulnerable, teniendo en cuenta la complejidad del caso y la naturaleza de las presuntas violaciones de derechos humanos en juego<sup>570</sup>. Con respecto al segundo aspecto de este deber de diligencia, es deber del demandante presentar una demanda ante el Tribunal tan pronto como se da cuenta, o debería haberse dado cuenta, de que la investigación no es efectiva, asimismo, el Tribunal ha declarado que la identificación del punto exacto en el tiempo en que se produce esta etapa depende necesariamente de las circunstancias del caso y es difícil determinarlo con precisión<sup>571</sup>.

Al establecer el alcance de este deber de diligencia respecto de los solicitantes que desean presentar una queja por la falta de una investigación efectiva sobre muertes o malos tratos, el Tribunal se ha guiado en gran medida en los últimos años por la jurisprudencia sobre el deber de diligencia impuesta a los solicitantes que se quejan de la desaparición de personas en un contexto de conflicto internacional o estado de emergencia en un país<sup>572</sup>, es decir no superior a diez años. Por otra parte, en casos en los cuales los demandantes tenían acceso directo a las autoridades, el TEDH reconoce que el plazo será mucho menor. Como hemos visto en el capítulo I, este será el argumento utilizado por el Tribunal para declarar inadmisibles las demandas relativas a casos de desapariciones en España.

### ***2.1.3 La competencia *ratione temporis* del TEDH***

Según la jurisprudencia del Tribunal, este únicamente puede conocer desapariciones llevadas a cabo después de la entrada en vigor del Convenio<sup>573</sup>, en la sentencia *Silih c. Eslovenia*, el Tribunal definió del siguiente modo los límites de su competencia temporal:

<sup>569</sup> Véase *Velev v. Bulgaria*, n.º 43531/08, párr. 59-60, 16 de abril de 2013.

<sup>570</sup> Ver *El-Masri*, *supra*, párr. 142.

<sup>571</sup> Ver *Mafalani c. Croacia*, de 9 de Julio de 2015, párr. 79.

<sup>572</sup> Véase: *Mocanu*, párr. 267; *Varnava*, *supra*, párr. 165-166; *Yeti:jen and Others v. Turkey* (dec.), n.º 21099/06, párr. 72-85 y *Er and Others*, *supra*, párr. 52), a pesar de las diferencias entre ambas situaciones.

<sup>573</sup> Acerca de los límites a la competencia *ratione temporis* del TEDH, véase: BUYSE, A., "A Lifeline in Time: Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR" en *Nordic Journal of International Law*, vol. 75, 2006, pp. 63-88.

En primer lugar, está claro que en caso de un fallecimiento sobrevenido antes de la fecha crítica, sólo los actos y/u omisiones de naturaleza procesal posteriores a esta fecha pueden ser de competencia temporal del Tribunal. En segundo lugar, para que las obligaciones procesales impuestas por el artículo 2 resulten aplicables, debe existir un vínculo real<sup>574</sup> entre el fallecimiento y la entrada en vigor del Convenio respecto al Estado demandado<sup>575</sup>.

Este caso fue el primero en el que el Tribunal trató el concepto de vínculo real, desarrollando posteriormente la idea de que ese criterio sólo se cumple cuando el tiempo transcurrido entre el hecho generador del procedimiento y la fecha de ratificación sea relativamente corto<sup>576</sup>. El Asunto *Silih* trataba la falta de investigación de una muerte por una presunta negligencia médica, que se había producido poco más de un año antes de la aceptación de Eslovenia de la competencia del Tribunal. Así, el Tribunal consideró que la obligación procesal de llevar a cabo una investigación efectiva había evolucionado en un deber distinto y autónomo, por lo que podía vincular al Estado incluso cuando la muerte hubiese ocurrido antes de la fecha crítica<sup>577</sup>. Es decir, el TEDH podía entrar a conocer la violación de la vertiente procesal del artículo 2 a pesar de que la violación sustantiva de este derecho haya ocurrido antes de la ratificación del Convenio.

La limitación que impuso el Tribunal en este caso fue la existencia del vínculo real entre la muerte y la entrada en vigor, lo que significa que una gran parte de los aspectos procesales<sup>578</sup> deben haberse dado después de la fecha crítica. El TEDH también señaló que el vínculo podía establecerse en razón de la necesidad de garantizar los valores del Convenio para que estén protegidos de manera real y efectiva, la denominada cláusula humanitaria.

Posteriormente, en el Asunto *Janowiec y otros c. Rusia*<sup>579</sup>, el cual conoció de la masacre de Katyn en 1940 llevada a cabo por la Unión Soviética, la Gran Sala tomó

<sup>574</sup> El término utilizado por el TEDH es *genuine connection*.

<sup>575</sup> *Silih*, *supra*, párr. 162-163.

<sup>576</sup> Este extremo se consideró también en *Varnava c. Turquía* pero se desarrolló en profundidad en el Asunto *Janowiec y otros c. Rusia*.

<sup>577</sup> Cfr. *Silih*, *supra*, párr. 159.

<sup>578</sup> El TEDH hace referencia a la investigación efectiva de las circunstancias de la muerte y las actuaciones llevadas a cabo para determinar la autoría del delito, señalando que ello deberá haberse realizado posteriormente a la fecha crítica. Cfr. *Silih*, *supra*, párr. 163.

<sup>579</sup> Véase: KOCH, J., "The Difficulty of Temporal Jurisdiction in *Janowiec and Others V. Russia*" en *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 38, n.º 3, 2015, pp. 43-59; HERI, C.,

en cuenta los razonamientos de la Sala en cuanto al vínculo real, declarando que este criterio sólo se cumple cuando el tiempo transcurrido entre el hecho generador del procedimiento y la fecha de ratificación del Convenio sea relativamente corto. Además, subrayó que una parte importante de las medidas de instrucción exigidas para garantizar que se respeten las obligaciones procesales derivadas del artículo 2, deben ejecutarse después de la fecha de la ratificación. El Tribunal estimó que en el presente caso no se cumplía ninguna de estas dos condiciones dado que el tiempo transcurrido desde la fecha del fallecimiento (1940) y la de ratificación (6 de mayo de 1998) era excesivo en términos absolutos para que se verifique el criterio del vínculo real<sup>580</sup>.

El Tribunal estimó que el elemento temporal es el primero y el más importante de los indicadores a la hora de determinar el carácter «real» del vínculo. Al igual que hizo la Sala en su sentencia, añadió que para que haya un vínculo real, el tiempo transcurrido entre el hecho generador y la fecha crítica debe ser relativamente corto. Pese a que no exista un criterio jurídico que permita determinar el límite temporal absoluto, el lapso no debería ser superior a diez años. Aunque ante circunstancias excepcionales se podría justificar la ampliación del plazo, es necesario que se respete el criterio de los valores del Convenio<sup>581</sup>.

El Tribunal también analizó si las circunstancias de dicho caso permitían establecer el vínculo real en virtud de «la necesidad de verificar que las garantías ofrecidas por el Convenio y los valores que lo inspiran sean protegidos de manera real y efectiva» tal y como se indica en la última frase del párrafo 163<sup>582</sup> de la sentencia *Silih*. Para ello, se apoyó en la sentencia *Brecknell c. Reino Unido*, en la cual se estableció que a pesar del carácter de algunos delitos, -refiriéndose a crímenes de guerra o lesa humanidad-, el Estado no está obligado a investigarlos

"Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights' Ratione Temporis Jurisdiction. A discussion of Temporal Elements in Janowiec and Others v. Russia" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, n.º 4, 2014, pp. 751-768; GERSON, A., "72 Years Later: Still Seeking Accountability for the Katyn Forest Massacre" en *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 44, n.º 3, 2012, pp. 605-613; EUDES, M., « L'Affaire "Katyn" Dans le Prétore de la Cour Européenne des Droits De l'Homme: l'un des plus Grands Crimes de l'Histoire enfin jugé » en *Annuaire Français De Droit International*, vol. 58, n.º 1, 2012, pp. 679-698.

<sup>580</sup> *Silih*, *supra*, párr. 104.

<sup>581</sup> *Ibidem*, párr. 146.

<sup>582</sup> *Silih*, *supra*, párr. 163 "However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner."



indefinidamente, manifestando que esta obligación de investigar podría surgir nuevamente si se aportasen nuevos hechos o nuevas circunstancias respecto a la comisión de los delitos.

La referencia a estos valores, lejos de ser fortuita, indica que se puede establecer un vínculo ya que el hecho en cuestión debe tener una dimensión mayor que la de un ilícito penal ordinario y debe constituir una negación de las bases del Convenio como, por ejemplo, un crimen de guerra o un delito de lesa humanidad. Pese al carácter imprescriptible de estos delitos en virtud del Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad [ - ] el Estado no está obligado a investigarlos indefinidamente. No obstante, la obligación procesal podría volver a surgir si se hicieran públicos nuevos elementos capaces de arrojar luz sobre las circunstancias de esos delitos con posterioridad a la fecha límite. Es necesario algo más que una mera afirmación o alegación para que vuelva a existir la obligación de investigar que se desprende del artículo 2 del Convenio. Atendiendo a la importancia fundamental de este precepto, las autoridades del Estado deberán ser receptivas a cualquier información o documento susceptible de cuestionar las conclusiones de una investigación anterior o de permitir que se reanude una investigación anterior que acabara sin conclusiones [ - ]. Si posteriormente a la ratificación saliera a la luz algún elemento nuevo suficientemente importante y convincente como para justificar la apertura de un nuevo procedimiento, el Tribunal será competente *ratione temporis* para investigar si el Estado demandado ha cumplido con sus obligaciones procesales derivadas del artículo 2 de manera compatible con los principios enunciados en su jurisprudencia<sup>583</sup>.

Al aplicar aquel razonamiento a dicho caso, la Sala consideró que los hechos acaecidos reunían las características de crímenes de guerra, pero que desde el año 1998 no había aparecido ninguna prueba que por su naturaleza o importancia pudiera hacer surgir nuevamente la obligación procesal de investigar, por lo que consideró que no era competente para entrar a conocer el fondo de la demanda. La Gran Sala resumió en tres los preceptos respecto a la competencia *ratione temporis*<sup>584</sup>:

<sup>583</sup> TEDH. Asunto *Brecknell c. Reino Unido*, n.º 32457/04, 27 de noviembre de 2007, párr. 139.

<sup>584</sup> TEDH. Asunto *Janowiec*, *supra*, párr. 141. «En primer lugar, en caso de un fallecimiento sobrevenido antes de la fecha crítica, sólo los actos y omisiones de naturaleza procesal posteriores a esta fecha pueden ser competencia temporal del Tribunal. En segundo lugar, para que entre en juego la obligación procesal, debe existir un "vínculo real" entre el fallecimiento como hecho generador y la entrada en vigor del Convenio. En tercer lugar, aunque un vínculo no sea 'real' puede ser suficiente



1. En caso de muerte antes de la fecha crítica, solo los actos y omisiones de naturaleza procesal posteriores a la fecha crítica podrán ser competencia del TEDH.
2. Para activar esta obligación procesal, debe existir un vínculo real entre la muerte y la entrada en vigor del Convenio.
3. Existe la cláusula humanitaria, por la cual el Tribunal puede conocer de hechos aunque no exista un vínculo real, con el fin de asegurar y defender las garantías y derechos que recoge el Convenio de una manera real y efectiva.

En consecuencia, el Tribunal declaró que no era competente para conocer las quejas en virtud del artículo 2, que no hubo vulneración del artículo 3 y que Rusia incumplió las obligaciones que se desprenden del artículo 38 del Convenio. De este modo, el Tribunal desaprovechó una oportunidad única de referirse a violaciones graves de derechos humanos que durante mucho tiempo fueron negadas por el Estado. No siguió las reglas del Derecho Internacional por la cual los crímenes de guerra y de lesa humanidad son imprescriptibles, sino que impuso una barrera de cara a los demandantes, ignorando la cláusula humanitaria, la cual le facultaba para conocer los hechos acaecidos en 1940.

Este caso contó con el voto particular parcialmente disidente de los jueces Ziemele, De Gaetano, Laffranque y Keller que consideraron que la masacre de Katyn constituyó una violación de la prohibición de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad en virtud de las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, por lo que debían investigar sobre los crímenes, añadiendo además que esta obligación no lleva vinculada ningún plazo, debido a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Asimismo, los jueces consideraron que los criterios establecidos por el TEDH respecto de la obligación procesal de investigar del Estado deben cumplirse, pero no son aplicables ni exigibles en este caso, ya que las autoridades nacionales habían negado durante 40 años cualquier vinculación con los crímenes de Katyn y habían rechazado cualquier responsabilidad por estos crímenes, debido a ello los jueces

para establecer la competencia del Tribunal cuando sea necesario para asegurarse de que las garantías que ofrece el Convenio y los valores que lo inspiran tengan una protección real y efectiva».

consideraron que no debía atribuirse a los demandantes esa carga, ya que el acceso a cualquier trámite procesal estaba totalmente bloqueado y ninguna víctima tenía esperanza alguna respecto a una investigación que llevase a la identificación de las personas responsables del fallecimiento de sus allegados. Por lo cual, consideraron que el Tribunal debió haberse declarado competente *ratione temporis* en el presente caso basándose en los primeros principios de la sentencia *Silih*, en virtud del vínculo real, y si esto no fuese posible, los jueces consideraron que se podía aplicar perfectamente la cláusula humanitaria<sup>585</sup>.

El Tribunal no aplicó la cláusula humanitaria, declarando que esta «no puede aplicarse a eventos anteriores a la adopción del Convenio, el 4 de noviembre de 1950». Los jueces manifestaron su disconformidad con la problemática que plantea este enfoque, entre las razones alegadas se encuentra la que suscribo, por la que se considera que esta interpretación restrictiva, cierra la puerta del Tribunal a las víctimas de cualquier violación manifiesta de los derechos humanos anterior al nacimiento del Convenio, mientras que se ha reconocido manifiestamente que en la actualidad los Estados tienen una obligación procesal continua de establecer los hechos, encontrar a los responsables y juzgarlos.

Del mismo modo, esta interpretación no tiene en cuenta el derecho internacional pertinente, por lo que los jueces que emitieron el voto consideraron que el Tribunal se equivocó al no aplicar los valores del Convenio a hechos acaecidos antes de su adopción en 1950, lo cual era inexistente en su jurisprudencia.

Asimismo, consideraron que el contexto de los hechos y la actitud de las autoridades rusas tras la entrada en vigor del Convenio, justifican la aplicación de la cláusula de circunstancias especiales de la sentencia *Silih*. Esta oportunidad perdida no solo supone un retraso en cuanto a la protección de derechos humanos, también constituye una barrera para las graves violaciones ocurridas en casos como España, en los cuales aparentemente ha quedado cerrada toda posibilidad de enjuiciamiento y resarcimiento a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Como bien afirmaron los jueces en su voto parcialmente disidente, este enfoque no cumple con la función de hacer que el TEDH sea una conciencia para Europa.

<sup>585</sup> Véase el voto particular parcialmente disidente de los jueces Ziemele, De Gaetano, Laffranque y Keller en el Asunto Janowiec, párr. 22-28.

## **2.2 La práctica de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad y su prohibición como norma de *ius cogens***

En el marco del sistema europeo no se ha dado un estudio exhaustivo de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, únicamente se hace referencia a dicha tipificación en los casos en los que el delito cumple los requisitos exigidos por el Derecho internacional, sin entrar a desarrollar con mas profundidad este punto a diferencia de lo que sucede en el sistema interamericano. En mi opinión, esto se debe a la falta de un instrumento regional específico, ya que en el sistema interamericano existe la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas desde 1994, lo cual ha permitido que la doctrina y la jurisprudencia se desarrolle en torno a la misma, siempre acudiendo a los demás instrumentos universales.

En el sistema europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su resolución 828 de 26 de septiembre de 1984<sup>586</sup> declaró que la desaparición forzada constituía un crimen de lesa humanidad, afirmando que no podía ser considerado un delito político, por lo tanto, estaría sujeto a las leyes de extradición, no estaría sujeto a limitaciones y no podría ser amparado por leyes de amnistía. Al enumerar esas limitaciones, nos damos cuenta que el delito cumple los requisitos para que su prohibición pueda convertirse en norma imperativa. Sin embargo en la práctica, el TEDH no es tan rotundo como la CorteIDH, siendo mucho más exigente y aplicando limitaciones temporales drásticas que dificultan el enjuiciamiento de muchos casos de desapariciones, por lo que habrá que atender al derecho internacional para establecer si una desaparición forzada ha sido cometida como crimen de lesa humanidad.

Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH si reconoce la gravedad de las desapariciones forzadas en cuanto atenta a los derechos fundamentales de la persona, atacando así al núcleo duro que permitiría establecer que su prohibición es una norma de *ius cogens* en virtud de los tratados internacionales y la protección ofrecida a los derechos que vulnera en el ámbito internacional.

<sup>586</sup> COE. Resolución 828 de 26 de septiembre de 1984, documento disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16239&lang=en> (Visto por última vez: 12 de febrero de 2019).

### 2.3 La situación actual de la desaparición forzada de personas en el sistema europeo de derechos humanos

Los dos países elegidos como representantes en el sistema europeo son la Federación Rusa y Turquía, puesto que son donde mas casos de desapariciones se han dado desde la ratificación del CEDH.

#### 2.3.1 *El caso de Rusia*

Tan solo en el año 2017, el Tribunal recibió 8.042 demandas contra Rusia, lo cual es una muestra de su realidad, en la que se cometen graves violaciones de derechos humanos. El Tribunal ha conocido aproximadamente 280 casos de desapariciones sobre todo en Chechenia y el Cáucaso norte. El principal problema al que se enfrenta Rusia en cuanto a las desapariciones forzadas, es la impunidad debido a la falta de investigación de las denuncias presentadas por los familiares de las personas desaparecidas.

Un claro ejemplo de ello es la sentencia cuasi piloto<sup>587</sup> *Aslakhanova y otros c. Rusia*, en la misma, el TEDH consideró que se había violado el artículo 2 del CEDH en su vertiente procesal, con respecto a las desapariciones ocurridas en Chechenia e Ingusetia entre 1999 y 2006, ya que el Tribunal identificó en otros casos similares una serie de deficiencias comunes a todas las investigaciones penales, como demoras en la apertura de los procedimientos y en la adopción de medidas esenciales; largos periodos de inactividad; no tomar medidas de investigación vitales, especialmente aquellas dirigidas a la identificación y al interrogatorio de los oficiales militares y de seguridad que podrían haber presenciado o participado en el secuestro; la imposibilidad de involucrar a los fiscales militares incluso cuando había suficiente evidencia de la participación de los militares en los crímenes; incapacidad para rastrear los vehículos, su procedencia y paso a través de obstáculos militares; concesión tardía de la condición de víctima a los familiares; y no asegurar el escrutinio público informando a los familiares sobre los pasos importantes de la investigación y brindándoles acceso a los resultados de la investigación.

<sup>587</sup> ABRISKETA, J., «Las Sentencias Piloto: El Tribunal Europeo De Derechos Humanos, De Juez A Legislador» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, n.º 1, 2013, pp. 73 y 76. Según la autora se entiende por sentencia piloto aquel procedimiento en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) selecciona una demanda de entre varias que obedecen a la misma causa, de tal manera que ésta sirve como referente en [a] resolución de un elevado número de casos idénticos. Se entiende por cuasi piloto a una serie de casos también referidos a violaciones sistémicas del CEDH, pero que no reúnen todos los rasgos propios de este tipo de sentencias.

El Tribunal observó en numerosos casos que la combinación de estos factores ha hecho que las investigaciones penales sean ineficaces y, por lo tanto, hayan hecho inútiles los recursos internos potencialmente disponibles para las víctimas<sup>588</sup>.

El Tribunal examinó los casos<sup>589</sup> y comprobó que las investigaciones habían estado paradas sin conseguir la identificación de los autores o la suerte de las personas desaparecidas. A pesar de que la obligación de investigar efectivamente es de medios y no de resultados, el Tribunal observó que el proceso penal había estado plagado de defectos, puesto que aunque existían pruebas de la participación de militares en las operaciones, no se investigó y las autoridades se negaron a proporcionar cualquier tipo de información. Asimismo, los tribunales conocían los defectos en la investigación y cuando los demandantes intentaban obtener acceso a los expedientes del caso todas las solicitudes eran rechazadas por lo que el Tribunal consideró que se les privó de la posibilidad de familiarizarse con el progreso del proceso y de salvaguardar sus intereses procesales de manera efectiva, por todo ello se declaró la violación del artículo 2 en su vertiente procesal.

Con respecto a los familiares de las personas desaparecidas, el Tribunal recordó su jurisprudencia al señalar que para declarar una violación del artículo 3 con respecto a los familiares habrá que atender al comportamiento de las autoridades, cuando se puso en su conocimiento la situación y no solo la desaparición *per se*. Del mismo modo, la privación de libertad no reconocida es una negación completa de las garantías contenidas en el artículo 5 y supone una violación particularmente grave de sus disposiciones, por lo que se declaró la violación del artículo 3 y 5. En el caso concreto, quedó probado que los demandantes tampoco dispusieron de un recurso efectivo en virtud del artículo 13 por lo que también se declaró vulnerado.

Con respecto a la naturaleza de esta sentencia, los demandantes señalaron seis fallos anteriores relativos también a desapariciones: Bazorkina; Baysayeva; Isigova y otros; Akhmadova y otros; Rasayev y Elsiyev y otros, alegando que en cada uno de

<sup>588</sup> Véase entre otros: *Vakhayeva and Others v. Russia*, n.º 1758/04, párr. 157, 29 October 2009; *Shokkarov and Others v. Russia*, n.º 41009/04, párr. 107, 3 May 2011 y *Umarova and Others v. Russia*, n.º 25654/08, párr. 94, 31 July 2012.

<sup>589</sup> *Aslakhanova c. Rusia, Barshova c. Rusia, Akhmed Shidayev y Belkis Shidayeva c. Rusia, Malika Amkhadova y otros c. Rusia y Satsita Sagaipova y otros c. Rusia*.

esos casos, existían pruebas sólidas acerca de la identidad de los autores y las unidades militares a las que pertenecían. Los solicitantes manifestaron que:

[...] las investigaciones en los casos anteriores muestran una de las características más llamativas en la práctica de la no investigación de desapariciones: por lo que no importa cuán sólida sea la evidencia en el caso, los autores nunca son enjuiciados. De hecho, la disponibilidad de pruebas específicas sobre la identidad de posibles sospechosos no hace menos probable que la investigación sea ineficaz<sup>590</sup>.

Los solicitantes aceptaron que se habían llevado a cabo varias reformas con el objetivo de aumentar la eficacia de las investigaciones en cuestión. La creación de una división especial del Comité de Investigación para ocuparse de los crímenes que han sido objeto de revisión por el Tribunal Europeo ha sido una medida apropiada y necesaria. Sin embargo, esas reformas no lograron resolver el problema principal, a saber, la falta de investigación, y persistían los mismos problemas que habían plagado las investigaciones durante muchos años. En vista de las sentencias del Tribunal en cada uno de los seis casos mencionados anteriormente, los representantes de los demandantes intentaron que se practicasen nuevas diligencias de investigación, sin embargo no tuvieron éxito para avanzar en ninguno de los aspectos importantes de las mismas. Los demandantes también se refirieron a las deficiencias institucionales en los procedimientos llevados a cabo por el Comité de Investigación, que resultó incapaz de investigar efectivamente los actos cometidos, asimismo hicieron referencia al artículo 126 del Código Penal ruso, relativo a secuestros, señalando que el mismo resultaba insuficiente para reflejar la naturaleza compleja del fenómeno de las desapariciones forzadas y propugnaron cambios en la legislación.

El TEDH consideró que existía un problema sistemático con respecto a las desapariciones forzadas, ya que constató la violación de los artículos 2, 3, 5 y 13 del Convenio, derechos que habían sido regularmente violados en casos similares, ya que se habían dictado más de 120 sentencias hasta septiembre de 2012. Asimismo, se habían comunicado al Gobierno más de 100 casos similares y otros se encontraban

<sup>590</sup> TEDH. Aslakhanova, *supra*, párr. 163. Traducción propia. "[...] the investigations in the above cases exemplify one of the most salient characteristics of the practice of non-investigation of disappearances: that no matter how strong the evidence in the case, the perpetrators are never prosecuted. Indeed, the availability of specific evidence as to the identity of likely suspects makes it no less likely that the investigation will be ineffective".

pendientes ante el Tribunal. Por todo ello, el Tribunal consideró que la situación reinante era el resultado de un problema sistemático a nivel nacional, para el cual no existía ningún recurso efectivo. Hizo referencia también a que la mayoría de los casos se refieren a desapariciones ocurridas entre 1999 y 2006 en Chechenia e Ingusetia, sin embargo declaró que rige el mismo patrón en desapariciones fuera de esa fecha y en distintas regiones, en las cuales las investigaciones tampoco fueron efectivas. Dado el alcance y la naturaleza de los problemas encontrados, el Tribunal consideró que no se encontraba en condiciones de ordenar que Rusia aplicara medidas generales e individuales para cumplir la sentencia. Tampoco consideró necesario establecer un límite de tiempo para la implementación de tales medidas, delegando la responsabilidad al Comité de Ministros de conformidad con el artículo 46 del Convenio. Sin embargo, si añadió diversas medidas que debían ser tomadas para solventar el fracaso sistemático en la investigación de las desapariciones.

a) Situación de las familias de las víctimas

El Tribunal consideró que era donde se debía adoptar mayores medidas, ya que había que valorar el sufrimiento de los familiares de las personas desaparecidas. Se consideró la creación de un cuerpo único y especializado encargado de investigar todas las desapariciones, el cual debería tener acceso ilimitado a la información y trabajaría de la mano con los familiares. Asimismo la creación de una base de datos unificada de todas las desapariciones. Para todo ello, el Tribunal consideró necesaria la asignación de recursos específicos y adecuados para llevar a cabo trabajos forenses y científicos a gran escala sobre el terreno, incluida la ubicación y la exhumación de lugares de entierro; la recopilación, el almacenamiento y la identificación de restos y, cuando sea necesario, la coincidencia sistemática a través de bancos de datos genéticos. Con respecto a los familiares de las personas desaparecidas, en determinadas circunstancias se debe otorgar un pago como compensación, junto con una admisión clara e inequívoca de la responsabilidad del Estado.

b) Eficacia de la investigación

El segundo grupo de medidas que consideró el Tribunal se relaciona con la ineffectividad de la investigación penal y la consecuente impunidad, para ello citó el Asunto Varnava:



El Tribunal no duda de que, muchos años después de los hechos, sería difícil reunir pruebas de testigos o para identificar y presentar un caso contra los presuntos autores. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal sobre el ámbito de la obligación procesal no es ambigua. El objetivo esencial de dicha investigación es garantizar la aplicación efectiva de las leyes nacionales que protegen el derecho a la vida y, en aquellos casos que involucran a agentes u organismos del Estado, garantizar su responsabilidad por las muertes que ocurren bajo su responsabilidad. Incluso cuando haya obstáculos que impidan el avance de una investigación en una situación particular, la pronta respuesta de las autoridades es vital para mantener la confianza del público en su adhesión al imperio de la ley y para evitar cualquier apariencia de colusión o tolerancia de actos ilícitos. Además la investigación debe ser independiente, accesible para la familia de la víctima, llevada a cabo con prontitud y expedición razonables y proporcionar un elemento suficiente de escrutinio público de la investigación o sus resultados, la investigación también debe ser efectiva en el sentido de que es capaz de conducir a una determinación si la muerte fue causada ilegalmente y, de ser así, a la identificación y el castigo de los responsables.

El Tribunal además recordó la obligación permanente de investigar las situaciones de muertes conocidas o supuestas de personas, cuando hay al menos indicios razonables de participación del Estado. Asimismo reconoció las dificultades con las que se enfrenta el gobierno para combatir a los grupos militantes ilegales existentes, sin embargo declaró que ello no debe ser óbice para su persecución y enjuiciamiento, ya que Rusia debería garantizar la rendición de cuentas de los servicios antiterroristas y de seguridad, sin comprometer la necesidad legítima de combatir el terrorismo.

Esta sentencia cuasi piloto nos muestra la existencia de un problema sistemático en Rusia, en el que las desapariciones no son investigadas diligentemente lo que conlleva la impunidad de los autores y un clima de injusticia para los familiares de las personas desaparecidas. A día de hoy, estos problemas aún no se han solventado, el Comité de Ministros presentó varias recomendaciones recogidas anteriormente en la sentencia, incluida una resolución de 2015 en la cual solicitaba la creación de un órgano único de alto nivel encargado de la búsqueda de personas desaparecidas, así como la asignación de los recursos necesarios para el trabajo forense y científico

dentro de un mecanismo centralizado e independiente, sin embargo en septiembre de 2015 el Comité observó con profundo pesar que no se había proporcionado ninguna información al respecto.

### ***2.3.2 El caso de Turquía***

El Tribunal recibió 31.053 demandas contra Turquía en el año 2017, aunque 30.063 fueron declaradas inadmisibles o sacadas de la lista del Tribunal. A pesar de ello, es innegable la magnitud de las violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado turco. Con respecto a casos de desapariciones forzadas, Turquía ha sido condenada 4 veces por la Gran Sala y cuenta con numerosas sentencias condenatorias de las Salas. Los casos tienen que ver en su mayoría con operaciones llevadas a cabo en la lucha contra presuntos terroristas sobre todo en el sudeste de Turquía, por ello el Tribunal declaró que la desaparición de una persona en el sudeste de Turquía en el momento pertinente podría considerarse una amenaza para la vida<sup>591</sup>. Del mismo modo, en los casos turcos, el Tribunal declaró que cuanto más tiempo pasa sin que haya noticias de la persona desaparecida, mayor es la probabilidad de que haya muerto<sup>592</sup>. El caso turco nos permite ver el enfoque otorgado por el Tribunal a diversos casos como hemos podido observar en el punto 2.1 ya que las sentencias turcas al ser numerosas nos han servido para explicar distintas cualidades de las desapariciones.

### ***2.3.3 El derecho a la reparación en el sistema europeo de derechos humanos***

El derecho a la reparación <sup>593</sup> es un derecho consagrado en el Derecho internacional, su primera conceptualización se dio en el seno de la CIJ en el asunto La fábrica de Chorzow<sup>594</sup>, en el cual la Corte señaló que «la reparación de un mal es un principio del derecho internacional que puede consistir en una indemnización

<sup>591</sup> Véase *Saygı c. Turquía*, 37715/11, párr. 46, *Osmanoglu c. Turquía*, n.º 48804/99, párr. 57 y *Akdeniz, supra*, párr. 99.

<sup>592</sup> Véase *Tahsin Acar v. Turkey* [GS], n.º 26307/95, párr. 226; ver también *Bozkır y otros c. Turquía*, n.º 24589/04, párr. 58.

<sup>593</sup> Para un estudio más amplio del derecho a la reparación, véase: LÓPEZ CÁRDENAS, C., ob. cit. Cap. IV; CRUZ, L., «El Derecho de reparación a las víctimas en el Derecho Internacional. Un Estudio Comparativo Entre el Derecho Internacional de Responsabilidad Estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos» en *UNED Revista de Derecho Político*, n.º 77, enero-abril 2010, pp. 185-209; DE GREIFF, P. & International Center for Transitional Justice, *The Handbook of Reparations*. Oxford University Press, 2006; RANDELZHOFFER, A. & TOMUSCHAT, C., *State Responsibility and the Individual Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*. M. Nijhoff Publishers, 1999; COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *The Right to Reparation for Victims of Human Rights Violations: a Compilation of Essential Documents*, 1998.

<sup>594</sup> CIJ. Affaire relative a l'usine de Chorzów, fond, de 13 de septiembre de 1928.

correspondiente al daño sufrido como consecuencia de un acto que es contrario al derecho internacional»<sup>595</sup>. Estableciendo también que la reparación -en la medida de lo posible- debe eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y debe restablecer la situación que habría existido si no se hubiese cometido este acto. Esta restitución será en especie y si no es posible, será mediante una indemnización correspondiente al valor que conllevaría dicha restitución en especie <sup>596</sup>. Este concepto ha sido ampliamente desarrollado en el Derecho Internacional de los derechos humanos, en el cual las reparaciones en caso de desapariciones forzadas abarcan los cuatro pilares del derecho a la reparación: la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

La restitución está enfocada a devolver a la víctima a la situación anterior a la violación, la indemnización pretende resarcir de los daños causados por la violación y debe concederse de forma apropiada y proporcional, teniendo en cuenta el daño físico o mental, la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los perjuicios morales y los gastos por servicios jurídicos, médicos y sociales.

La rehabilitación aborda la atención médica y psicológica a las víctimas junto a los servicios jurídicos y sociales.

La satisfacción, debe incluir medidas para terminar con la violación, asimismo engloba el derecho a la verdad en su vertiente colectiva, ya que es necesaria la revelación de lo sucedido siempre que no suponga un peligro o perjuicio para la víctima. También incluye la búsqueda y exhumación de las personas desaparecidas y las ayudas para este fin, las disculpas públicas junto al reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades, homenajes a las víctimas y sanciones a los responsables de las violaciones.

Por último, se encuentran las garantías de no repetición que pretenden prevenir que las violaciones se vuelvan a dar, entre las cuales está el control efectivo por las autoridades pertinentes sobre las fuerzas de seguridad, el fortalecimiento del poder judicial, el cual debe procurar que los procedimientos cumplan con las garantías procesales e imparcialidad. Asimismo, las garantías de no repetición abogan por la

<sup>595</sup> Cfr. *Affaire relative a l'usine de Chorzów*, *supra*, p. 27. « Il est un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité correspondant au dommage que les ressortissants de l'État lésé ont subi par suite de l'acte contraire au droit international. »

<sup>596</sup> *Ibidem*, p. 47.

enseñanza en derechos humanos a todos los niveles incluyendo las fuerzas de seguridad, entre otras<sup>597</sup>.

El TEDH ha sido ampliamente criticado debido a la forma en la que resuelve los casos de desaparición forzada respecto al derecho de reparación, ya que únicamente se centra en la indemnización pecuniaria dejando de lado los otros aspectos de la reparación<sup>598</sup>, debido a ello, la CorteIDH parece ser el órgano que mejor aplica las directrices en cuanto a este derecho, ya que sus fallos no se centran únicamente en el pago de una indemnización<sup>599</sup>.

### **3. LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS**

El sistema africano de protección de derechos humanos es el más reciente de los sistemas regionales. Su principal instrumento es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (la Carta), aprobada el 27 de junio de 1981 en el marco de la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (OUA), la cual a partir de 2001 se convirtió en la Unión Africana (UA). Está formado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (la Comisión) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (la Corte<sup>600</sup>).

<sup>597</sup> Véase: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

<sup>598</sup> Críticas con este aspecto: CALVET MARTÍNEZ, E. *Desapariciones Forzadas y Justicia Transicional. La Búsqueda De Respuestas a Través Del Derecho a La Verdad, a La Justicia y a La Reparación*. Universidad de Barcelona, 2015; FULTON, S., "Redress for Enforced Disappearance" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, n.º 4, 2014, pp. 769-786.

<sup>599</sup> GARCÍA RAMÍREZ, S. y ZANGHI, C., «Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias» en CANOSA USERA, R. et al. (eds.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Civitas, Thomson Reuters, 2012, pp. 423-492; GARCÍA RAMÍREZ, S., «Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos» en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. 2ª ed., vol. I, pp. 129-158. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

<sup>600</sup> Para mayor profundidad, véase KUFUOR, K., *The African Human Rights system. Origin and evolution*. Palgrave Macmillan, 2010; MBONDENYI, M., *The African System on Human and Peoples' Rights. Its Promises, Prospects and Pitfalls*. Saarbrücken: Lambert Academic Publishing, 2010; MUBIALA, M., *Le Systeme Régional Africain de Protection des Droits de l'Homme*. Bruxelles: Bruylant, 2005; MUGWANYA, G., *Enhancing Human Rights through the African Regional Human Rights System*. London: Transnational Publishers, 2003; MURRAY, R., *The African Commission on Human and Peoples' Rights and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000;

### 3.1 La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

La Corte fue establecida en virtud del artículo 1 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que fue adoptado por los Estados Miembros de la entonces OUA en junio de 1998. Hasta febrero de 2019, solo nueve Estados partes habían hecho la declaración reconociendo la competencia de la Corte para recibir casos de ONG y particulares. Los nueve Estados son: Benin, Burkina Faso, Costa de Marfil, Gambia, Ghana, Malí, Malawi, Tanzania y Túnez. La Corte tiene jurisdicción sobre todos los casos y controversias que se le presenten sobre la interpretación y aplicación de la Carta, el Protocolo y cualquier otro instrumento pertinente de derechos humanos ratificado por los Estados interesados. Específicamente, la Corte tiene dos tipos de jurisdicción: contenciosa y consultiva. Está compuesto por once jueces, nacionales de los Estados miembros de la Unión Africana<sup>601</sup>. Emitió su primera sentencia en 2009 y a fecha de hoy ha resuelto más de 30 casos, sin embargo nunca se ha pronunciado respecto a una desaparición forzada.

### 3.2 La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

La Comisión fue establecida en virtud del artículo 30 de la Carta, para promover los derechos humanos y de los pueblos y garantizar su protección en África. La Comisión está facultada, entre otras cosas, para recibir y considerar:

- Comunicaciones presentadas por un Estado que afirma que otro Estado parte en la Carta ha violado una o más de las disposiciones de la Carta (artículos 48-49); y
- Otras comunicaciones de personas y organizaciones que alegan que un Estado parte en la Carta ha violado uno o más de los derechos garantizados en la misma<sup>602</sup> (artículo 55).

ANKUMAH, E., *The African Commission on Human and Peoples' Rights Practices and Procedures*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996; BELLO, E., *The African Charter on Human and Peoples' Rights* Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

<sup>601</sup> Visto por última vez el 17 de marzo de 2019. Disponible en: <http://en.african-court.org/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court>

<sup>602</sup> Véase: ODINKALU, C. & CHRISTENSEN, C., "The African Commission on Human and Peoples' Rights: The Development of Its Non-State Communication Procedures" en *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n.º 2, 1998, pp. 235-280.

La Comisión ha conocido desapariciones y ha emitido decisiones al respecto<sup>603</sup>, la primera fue en el año 1991.

- i. Comunicaciones 54/91, 61/91, 96/93, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98; hacen referencia a la situación en Mauritania entre 1986 y 1992. Tras el golpe de Estado de 1984, el gobierno fue criticado por miembros de grupos étnicos negros por marginar a cierta parte de la población. La población de Mauritania quedó dividida y se inició una persecución contra los críticos del gobierno, entre los hechos que recogen las comunicaciones se encuentran violaciones, actos de tortura, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones. Tras el estudio de las comunicaciones, la Comisión declaró que hubo violaciones graves de los derechos humanos proclamadas en la Carta Africana; y en particular, de los artículos 2, 4 y 5 (que constituyen tratamientos crueles, inhumanos y degradantes), 6, 7 (1) (a), 7 (1) (b), 7 (1) (c) y 7 (2) (d), 9 (2), 10 (1), 11, 12 (1), 14, 16 (1), 18 (1) y 26. Asimismo, recomendó al Estado iniciar una investigación independiente para aclarar la suerte de las personas desaparecidas.
- ii. Comunicación 74/92; en la cual se alega varias violaciones masivas a los derechos humanos en Chad, entre ellas detenciones ilegales, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y torturas. Por estos motivos, la Comisión declaró la violación de los artículos 4, 5, 6 y 7 de la Carta.
- iii. Comunicación 204/97; la cual trata entre otras violaciones de derechos humanos, las desapariciones llevadas a cabo por el gobierno de Burkina Faso contra personas contrarias al régimen, en consecuencia la Comisión declaró la violación de los artículos 3, 4, 5, 6 7 (1)(d) y 12(1) de la Carta.
- iv. Comunicación 245/02; la cual fue presentada tras los hechos acaecidos en febrero del 2000 en Zimbabue, tras la celebración del referéndum constitucional en el que la mayoría de la ciudadanía votó en contra del nuevo proyecto de Constitución redactado por el gobierno, en

<sup>603</sup> Para más información acerca de la implementación de las decisiones de la Comisión, véase: MURRAY, R. & MOTTERSHAW, E., "Mechanisms for the Implementation of Decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights" en *Human Rights Quarterly*, vol. 36, n.º 2, 2014, pp. 349-372; BEKKER, G., "The African Commission on Human and Peoples' Rights and Remedies for Human Rights Violations" en *Human Rights Law Review*, vol. 13, n.º 3, 2013, pp. 499-528.

consecuencia se dieron numerosos actos de violencia entre los cuales se enumeran casos de desapariciones, torturas, ejecuciones extrajudiciales y más delitos. La Comisión declaró la violación de los artículos 1 y 7 (1) de la Carta; asimismo, solicitó a Zimbabue el establecimiento de una Comisión para investigar los hechos ocurridos entre febrero y junio del 2000 y solicitó al Estado la puesta a disposición judicial de los responsables y la identificación de las víctimas de la violencia para proporcionarles una compensación adecuada.

- v. Comunicación 361/08; trata la presunta desaparición forzada de una persona en el año 1974 en Mozambique. El demandante es el hijo del desaparecido, el cual narra las circunstancias en las que su padre fue desaparecido mientras se encontraba bajo custodia de agentes del Estado. La Comisión declaró la comunicación inadmisible puesto que consideró que el demandante no había agotado los recursos internos, asimismo el demandante acudió a la Comisión 13 años después, por lo que se consideró un tiempo excesivo. A pesar de ello, el análisis de admisibilidad resulta de suma importancia puesto que la Comisión se declaró competente *ratione temporis* para conocer los hechos acaecidos en 1977, para ello se basó en la jurisprudencia y en las decisiones de la Corte y Comisión Interamericana respectivamente, basándose en la naturaleza continuada del delito, a pesar de haberse iniciado antes de la entrada en vigor de la Carta para Mozambique. Asimismo, hizo referencia a las declaraciones del Relator Especial de la ONU sobre la tortura, por todo ello se declaró competente para conocer de los hechos ya que consideró la desaparición forzada como un delito continuado.

Si bien es cierto que no existen muchos casos en los órganos del sistema africano, ello no significa que no sea una práctica habitual en algunos Estados. Diversos informes de organizaciones no gubernamentales señalan que las desapariciones son práctica habitual en Camerún, en los intentos de las fuerzas de seguridad de acabar



con Boko Haram, del mismo modo sucede en Kenia. Asimismo, se utiliza en Zimbabue contra las personas críticas con el gobierno<sup>604</sup>.

Por otra parte, el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias manifestó en su informe de 2018 <sup>605</sup>, la existencia de numerosos casos de desapariciones en Estados africanos. Destaca Siria, al contar con 49 casos, Egipto con 82 casos con arreglo al procedimiento de acción urgente y Argelia con 20 casos pendientes. También cabe resaltar el aumento de esta práctica en Burundi, debido a la represión de personas manifestantes opositoras al gobierno en abril de 2015, en consecuencia se han denunciado 40 casos de desapariciones forzadas entre el 2 de octubre de 2015 y 8 de abril de 2017 en varias provincias de Burundi.

<sup>604</sup> Véase: Informe Amnistía Internacional Dossier Desaparecidos de 30 de agosto de 2012. Informe sobre Kenia de 12 de febrero de 2019; Lesoto de 14 de junio de 2018; Yemen de 5 de septiembre de 2014; Siria de 24 de mayo de 2012 y 15 de marzo de 2013 entre otros. Informes de Human Rights Watch sobre las desapariciones en Iraq: "Life Without a Father is Meaningless" Arbitrary Arrests and Enforced Disappearances in Iraq 2014-2017, de 27 de septiembre de 2018; Mozambique: "The Next One to Die", de 12 de enero de 2018; Bangladesh: "We Don't Have Him" Secret Detentions and Enforced Disappearances in Bangladesh, de 6 de julio de 2017. Para una larga lista de informes véase Human Rights Watch reports on enforced disappearances.

<sup>605</sup> Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias Comunicaciones, casos examinados, observaciones y otras actividades. A/HRC/WGEID/114/1, 3 de mayo de 2018.

## CONCLUSIONS

1. The crime of enforced disappearance is an autonomous and complex crime, which threatens numerous rights; this can make it very difficult to successfully carry out an investigation and prosecution. This requires a global approach of the crime instead of the disintegration based on the rights that can be violated. It is imperative to prosecute the crimes as enforced disappearances and never prosecute them under other crimes such as kidnapping or illegal detention. Although the origin of enforced disappearances cannot be traced accurately, the crime was committed during the Spanish Civil War and its systematic and widespread practice extended during the post-war period. Furthermore, numerous cases of arrests and the subsequent denial have been documented. On the other hand, other authors place the origin of this practice in Nazi Germany. In my opinion, the lack of prosecution of these crimes in the Spanish case neglects this origin, as is the case with the disappearances that took place in the Soviet Union. It is necessary to make visible what happened in Spain and to act in accordance with international standards on this matter. The mistakes made in the transition to democracy cannot be impediments to the pursuit of justice; it is fundamental to meet international obligations and respect the right to the truth; on one side, the right of society to know the truth about the violations in order to prevent the mistakes from happening again and on the other side, the right of relatives to be informed of the fate of their missing relatives.

2. Despite the fact that today Spain is a consolidated democracy and the institutional order has been restored, enforced disappearances have never been judged. Impunity still reigns as a consequence of the application of an amnesty law that, -as we have been able to verify through abundant jurisprudence and reports of international bodies- is contrary to the principles of international law, since amnesties for gross violations of human rights are forbidden. Additionally, Spain has applied the prescription for these crimes, considering disappearances as illegal detentions. This reveals clearly the importance of the correct determination of the legal description of the crime.

Notwithstanding the amnesty law in Spain was adopted in a consensual manner, this does not mean that it respects the principles of international law since it has been used to close most of the disappearances cases brought into the Spanish courts. This has resulted in a climate of total impunity for disappearances in Spain. It is necessary

to deprive the effects of this law, following the provisions given by the European Court of Human Rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). They have declared on many occasions that amnesty laws are incompatible with the obligations under International Law inasmuch as they favour impunity for those individuals responsible for committing grave violations of human rights. Also they may not lead to any restriction of the duty of the State to investigate and sanction those violations.

3. The crime of enforced disappearance has three constituent elements: deprivation of liberty, it is carried out by agents of the State or persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person in order to place the person outside the protection of the law. The doctrine and jurisprudence are clear and uniform in this respect. There are authors that include a temporal element to the deprivation of liberty, stating that there should be a minimum of time to consider the act as an enforced disappearance. Based on the jurisprudence, we can affirm that a temporal element would create a state of legal defenselessness and it would facilitate the commission of the offense. Indeed, it is precisely time that is a key factor in the search of missing persons; the right to liberty cannot be restricted illegitimately in any case, not even to combat terrorism. Extraordinary renditions and secret detentions must be completely prohibited because they infringe fundamental rights and contribute to the commission of other violations. The inclusion of a time limit would facilitate the practice of torture during an inappropriately named "illegal detention".

4. The judgments delivered by the Spanish Supreme Court compared in the present investigation offer different legal approaches to similar facts. The judgment of February 27, 2012, does not utilize the "context element of crimes against humanity" used in the ruling of October 1, 2007, alleging that foreseeability and accessibility requirements were not met. In the judgment of 2007, a high-ranking official responsible for disappearances in Argentina was convicted for crimes of murder and illegal detention. It was not possible to apply the legal description of crimes against humanity; consequently, the classification in domestic law was used since the facts prosecuted constituted crimes against humanity under customary international criminal law at the moment when the crimes were committed. That is to say, in one case the court considers that the author should know the consequences and

magnitudes of their actions while in the other case, the court considers that this was not foreseeable. This lack of coherence corresponds to the weak commitment to judge the crimes of Francoism and the effort to create impediments in order to block the investigations. It is necessary to continue attending the domestic courts in search of justice; nevertheless major changes of the functioning and training of the judiciary are also required. Judiciary should use international standards on human rights in the administration of justice. In addition, in the judgment of February 27, 2012, a decision of the ECHR is mistakenly cited in order to justify the lack of competence. This would allow us to go to Strasbourg alleging the incorrect interpretation of this decision made at the domestic level and the defenselessness that it causes to people who bring cases related to violations in the civil war and the post-war period.

5. The options to bring disappearances occurred in Spain to the Strasbourg court are null. Currently, any relative of the disappeared persons has been able to justify the delay in submitting the applications before the ECHR. I believe that the Court shall consider the context and circumstances in Spain, where until relatively recently the historical memory and different ways of obtaining justice became more known amongst the society. Although the lack of knowledge is not a justification, I consider that it should be a factor to be taken into account by the Court, which should apply the humanitarian clause given the serious nature of the human rights violations and the climate of impunity.

6. The first approach in the legal field to the concept of enforced disappearance is found in international humanitarian law, when individuals criminally responsible for acts of enforced disappearance in Nazi Germany were tried in 1945. Disappearances were used as a method of social control and intimidation against society and relatives of the disappeared person, thereby violating the rights of families, constituting a war crime. This conclusion was reached on the basis of the Fourth Hague Convention respecting the laws and customs of war on land (1907) and article 6 of the Charter of the Nuremberg Military Tribunal. It can thus be concluded that in 1945 there was already a prohibition of enforced disappearances in customary law and international humanitarian law.

7. The crime of enforced disappearance can constitute a crime against humanity when it is committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack. The term "widespread" refers to the large scale of the attack while "systematic" refers to the level of organization.

Consequently, the disappearance of one person can constitute a crime against humanity; it will be necessary to take into account the generalized context of disappearances to verify that the crime responds to a massive policy of disappearances. Likewise, it is necessary to attend to the level of organization, developed through a well-organized plan to carry out the disappearances. Due to these reasons, domestic legal systems must include in their legislation the legal description of the crime of enforced disappearance whether or not it constitutes a crime against humanity.

8. Enforced disappearances affect fundamental rights, these rights are protected by numerous international treaties. They are also subject to special protection within the international community. Today, we have a Convention and a Declaration at the universal level. Also there is a regional instrument in the inter-American system. In addition, we count on specialized protection and prevention bodies such as the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, the Committee on Enforced Disappearances and the Human Rights Committee, although the Human Rights Committee is not a specialized body, it has known numerous cases of disappearances. Due to the number of legal instruments that prohibit the practice of enforced disappearances, the abundant case law of different bodies condemning this practice, the importance of the rights involved and the seriousness of the injuries caused in the disappeared persons and their relatives, we can affirm that the prohibition of enforced disappearance has attained the status of *ius cogens*. Consequently, its practice will be prohibited, no derogation is permitted and the amnesty provisions are not applicable, they would engage the responsibility of the State, regardless of the ratification or non-ratification of international treaties or the classification of the crime at the domestic level. There is therefore a double protection, since in the case of disappearances that do not constitute crimes against humanity; its practice will always be a violation of peremptory norms of international law regardless of the context.

9. It is fundamental that human rights protection bodies, -such as courts and other organisms-, apply and implement international standards regarding enforced disappearances, otherwise we may find arbitrary judgments. We can see this in the case of the Human Rights Committee, which requires that the procedural violation for lack of investigation of the crime is closely linked to the date of commission of the substantive violation of a right, consequently it denies indirectly the continued nature

of the crime, since it requires a connection with the date when the crime was committed. Enforced disappearance is a continuous crime, although it has different phases, it is a unique act. Even when some aspects of the violation may have been completed before the entry into force of the relevant national or international instrument, if other parts of the violation persist, and until the fate or whereabouts of the victim is determined, the case and the act should not be fragmented. This is also stated by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, which shows us that the specific instruments are the most suitable to hear enforced disappearances cases. Moreover, the Human Rights Committee has declared the non-violation of article 6 in secret detentions cases in which victims have been found alive. Although victims have been found alive, we cannot deny that it is a flagrant violation of article 6, a secret detention violates the duty to guarantee in the context of this article, because it places the victim in a legal limbo where he or she depends entirely on the captors. Hence, we can affirm that cohesion in guiding principles on enforced disappearances is necessary in order to be able to achieve justice and accountability for the crimes committed.

10. The right to the truth regarding enforced disappearances is a fundamental right that it has been widely developed in the inter-American human rights system but most of the time it is not applied at domestic levels. It is important to carry out an exhaustive investigation that determines the whereabouts of the disappeared person but also the clarification of the circumstances and the context in which the disappearances were carried out, as well as the identification of the responsible persons. In cases where it is not possible to establish responsibility due to the passage of time, the right to the truth should not be pushed to the background since it is a human right and it entails the obligation to investigate serious violations of rights. Moreover, it is an effective prevention method to avoid the repetition of the errors committed in the past. Another point to consider is the right to reparation that includes restitution, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-recurrence. It is mandatory to apply these four pillars in order to guarantee the welfare of victims and society. Reparations cannot be focused solely on restitution; enforced disappearance is a complex crime that affects victims and society as a whole. Measures to end violations must be included and efforts should be made to promote social cohesion. Education is vital to prevent the recurrence of violations because it can provide the basis for the avoidance of conflicts and for the non-violent resolution of conflicts.

Also education can lead to respect for diversity and tolerance. In addition, human rights training at all levels should be mandatory for a real understanding of the nature of the crime and to restore confidence in the institutions of the State since in most cases, society is divided. Only this way we could avoid the repetition of these grave violations and the eradication of this practice.



## FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS, DOCUMENTALES Y JURISPRUDENCIALES

### A. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

#### 1. Manuales, obras colectivas y cursos generales

- ABELLÁN HONRUBIA, V., «Aspectos jurídico-internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado» en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo I, Barcelona: Ed. Bosch, 1983.
- ABRISKETA, J., «Las Sentencias Piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Juez a Legislador» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, 2013, pp. 73-99.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., «Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos» en *Anuario de Derecho Internacional*, 1995, pp. 5-21.
- AGUILAR CAVALLO, G., «Las Normas de Ius Cogens y el Orden Jurídico Interno: Una Evolución Progresiva y Prometedora» en *Estudios Constitucionales: Revista Del Centro De Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2016, pp. 341-348.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, P. y Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, Justicia, política y memoria, *Los legados del franquismo en la transición española*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Madrid: Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, 2001.
- AKHAVAN, P., "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?" en *American Journal of International Law*, vol. 95, n.º 1, 2000, pp. 7-31.
- ALEKSIDZE, L., *Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*. Leiden: Brill, 2008.
- ALIA PLANA, M., «El Tribunal Especial para Sierra Leona» en *Revista española de derecho militar*, n.º 83, 2004, pp. 265-282.
- ALSTON, P., *The United Nations and Human Rights, A Critical Appraisal*. Oxford University Press, 2007.
- ÁLVAREZ, R., "The Interamerican Commission on Human Rights and Disappearances", Seminar on Disappearances organized by Amnesty International USA, June 1980.

- ANDERSON, D., *The collapse of Yugoslavia: background and summary*. Australia: Department of the Parliamentary Library, 1995 [En línea] Disponible en: <https://www.aph.gov.au/binaries/library/pubs/rp/1995-96/96rp14.pdf>.
- ANDERSON, K., "How Effective Is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to Be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?" en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, n.º 2, 2006, pp. 245-277.
- ANDRÉS DOMINGUEZ, A., *Derecho Penal Internacional*. Tirant Lo Blanch, 2006.
- ANDREU GUZMÁN, F., *Derecho a la verdad y derecho internacional*. Comisión Colombiana de Juristas, 2012.
- ANDREU GUZMÁN, F., *Retroactividad penal de crímenes internacionales*. Comisión Colombiana de Juristas, 2012.
- ANDREU GUZMÁN, F., "The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance" en *The Review of the ICJ - Impunity, crimes against humanity and forced disappearance*, n.º 62-63, Geneva: September 2001, pp. 1-22.
- ANKUMAH, E., *The African Commission on Human and Peoples' Rights Practices and Procedures*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- ARENAS MEZA, M., «El Consejo De Derechos Humanos De Las Naciones Unidas: ¿Cambio o Continuidad En El Funcionamiento De Los Mecanismos Extraconvencionales De Protección De Los Derechos Humanos?» en *Dereito: Revista Xuridica Da Universidade De Santiago De Compostela*, vol. 19, n.º 2, 2010, pp. 237-268.
- ARIAS HERNÁNDEZ, C., VÁSQUEZ SORIANO, S. Y LEIVA MELÉNDEZ, M., *La Desaparición Forzada de Personas Como Delito Permanente y sus efectos en cuanto a la aplicación de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas*, 2014.
- ARÓSTEGUI, J. y MARCO, J., *El último frente. La resistencia armada antifranquista*, Madrid: La Catarata, 2008
- ARRIAGA, I. y ZOCO, C., «El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de proyecto a realidad» en *Revista de la Liga Española para la Defensa de los Derechos del Hombre*, vol. 1, 1998, pp. 23-38.

- ARROCHA, P., "The Never-Ending Dilemma: Is the Unilateral use of Force by States Legal in the Context of Humanitarian Intervention?" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2011, pp. 11-44.
- ASARE, B., "An Appraisal of Institutions of Global Governance: The Case of the African Human Rights System" en *Journal of Pan African Studies*, vol. 9, n.º 1, 2016, pp. 221-241.
- AÑAÑOS MEZA, M., «El Consejo De Derechos Humanos De Naciones Unidas. ¿Un Avance En El Desarrollo Institucional De Los Derechos Humanos?» en *Estudios Internacionales: Revista Del Instituto De Estudios Internacionales De La Universidad De Chile*, n.º 159, 2008, pp. 49-78.
- AYALA CORAO, C., «El Sistema Interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos» en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 8, 2000, pp. 43-60.
- AA.VV., *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, 2009.
- BACKER, L. C., *Harmonizing Law in an Era of Globalization: Convergence, Divergence, and Resistance*. Carolina Academic Press, 2007.
- BARRETO, N., «La Operación Cóndor: Un Enfoque Comparativo» en *Histórica*, vol. 37, n.º 2, 2014, pp. 171-178.
- BASSIOUNI, M. C. & ROTHENBERG, D. (eds.). *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, Chicago: International Human Rights Law Institute, 2008.
- BASSIOUNI, M. C., *Introduction to International Criminal Law*. 2003.
- BASSIOUNI, M. C. (ed.). *Post-Conflict Justice*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2002.
- BASSIOUNI, M. C., "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*" en *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, 1996, pp. 63-74.
- BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: from its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*. Oxford University Press, 2010.
- BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*. Cap. XXXV. Nueva traducción.

- BEKKER, G., "The African Commission on Human and Peoples' Rights and Remedies for Human Rights Violations" en *Human Rights Law Review*, vol. 13, n.º 3, 2013, pp. 499-528.
- BELLO, E., *The African Charter on Human and Peoples' Rights* Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- BERNALES ROJAS, G., «El derecho a la verdad» en *Estudios Constitucionales*, vol. 14, n.º 2, 2016, pp. 263-304.
- BJORGE, E., "Right for the Wrong Reasons: *Silih v. Slovenia* and Jurisdiction *Ratione Temporis* in the European Court of Human Rights" en *British Yearbook of International Law*, vol. 83, issue 1, 2013, pp. 115-136.
- BLANC ALTEMIR, A., «El Tribunal Especial Para Sierra Leona: Un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario» en *Anuario Español De Derecho Internacional*, n.º 19, 2003, pp. 101-138.
- BLUMENSTOCK, T. "Legal Protection of the Missing and Their Relatives: The Example of Bosnia and Herzegovina" en *Zeiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 3, 2006, pp. 773-793.
- BOCCIA, A., *En los sótanos de los generales. Los documentos ocultos del Operativo Cóndor*, Expolibro, 2002.
- BOCCIA, A., GONZÁLEZ, M. y PALAU, R., *Es mi informe. Los archivos secretos de la Policía de Stroessner*, Asunción: Servilibro 1994.
- BOISTER, N. y CRYER, R., *The Tokyo International Military Tribunal, A reappraisal*. Oxford University Press, 2008.
- BREGAGLIO, R., «Sistema Univeral de protección de derechos humanos» en BANDEIRA GALINDO, G., URUEÑA, R. y TORRES PÉREZ, A. (coords.). *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.
- BROADHURST, R., "Lethal Violence, Crime and State Formation in Cambodia" en *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, vol. 35, n.º 1, 2002, pp. 1-26.
- BRUER-SCHAFER, A., *Der Internationale Strafgerichtshof: die internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik*, Frankfurt a.M.: Lang, 2001.

- BUENO ARÚS, F. y ZARAGOZA, J., *Manual De Derecho Penal Internacional*. Universidad Pontificia De Comillas, 2003.
- BUERGENTHAL, T., NORRIS, R. & SHELTON, D., *Protecting human rights in the Americas: selected problems*, 2nd edition, Kehl: N.P. Engel, 1986.
- BURBIDGE, P., "Waking the Dead of the Spanish Civil War: Judge Baltasar Garzón and the Spanish Law of Historical Memory" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n.º 3, July 2011, pp. 753-781.
- BURG, S. & SHOUP, P., *The war in Bosnia-Herzegovina: ethnic conflict and international intervention*. London, England: Routledge, 2000.
- BURGORGUE-LARSEN, L., *La Convention Européenne des Droits de l'homme*. L.G.D.J. Lextenso Éditions, 2012.
- BURGORGUE-LARSEN, L., ÚBEDA DE TORRES, A. & GREENSTEIN, R., *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*. Oxford University Press, 2011.
- BUYSE, A., "A Lifeline in Time: Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR" en *Nordic Journal of International Law*, vol. 75, 2006, pp. 63-88.
- CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *La Corte Penal Internacional*. Madrid: Dickinson, 2002.
- CALVET MARTÍNEZ, E. *Desapariciones Forzadas y Justicia Transicional. La Búsqueda De Respuestas a Través Del Derecho a La Verdad, a La Justicia y a La Reparación*. Universidad de Barcelona, 2015.
- CANCADO TRINDADE, A., "Enforced Disappearances of Persons as a Violation of Jus Cogens: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights" en *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, 2012, pp. 507-536.
- CANCADO TRINDADE, A., y VENTURA ROBLES, M., *El Futuro De La Corte Interamericana De Derechos Humanos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado De Naciones Unidas Para Los Refugiados, 2003.
- CANCADO TRINDADE, A., *La protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica, Comisión de las Comunidades Europeas, 1993.
- CANCADO TRINDADE, A., «El Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos» en *Recueil des Cours 1993, Collection of Lectures, Texts*

- and Summaries*, Strasbourg, France: Institut International de Droits de l'Homme, 1993.
- CANNIZZARO, E., *The Present and Future of Jus Cogens*. Roma: Sapienza Università Editrice, 2015.
- CAÑÓN VOIRIN, J., «Terrorismo De Estado. El Sur Del Continente Americano Durante La Década De 1970. Un Caso De Transnacionalización Del Terrorismo Estatal» en *Relaciones Internacionales: Revista Académica Cuatrimestral De Publicación Electrónica*, n.º 32, 2016, pp. 185-202. [En línea] Disponible en: <http://hdl.handle.net/10486/677013>
- CAPELLA i ROIG, M., «Las desapariciones forzadas en España durante la Guerra Civil: Crímenes y violaciones del Derecho Internacional sin castigo ni reparación» en SOROETA, J., *Conflictos y Protección de derechos humanos en el orden internacional*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. 6, 2006, pp. 265-301.
- CAPELLA i ROIG, M., «Los Crímenes Contra la Humanidad en el Caso Scilingo» en *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*, n.º 10, 2005, pp. 1-13.
- CARDONA LLORENS, J., *La ONU y El mantenimiento de la paz en el Siglo XXI: Entre la Adaptación y la Reforma de la Carta*. Tirant Lo Blanch, 2008.
- CARNERO ROJO, E., «Crónica De Una Muerte Anunciada: La Jurisdicción De Los Tribunales Españoles Sobre Crímenes Internacionales Antes y Después De La Ley Orgánica 1/2014 Relativa a La Justicia Universal» en *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal*, vol. 3, n.º 1, 2015, pp. 41-78.
- CARRILLO SALCEDO, J. y PETIT GABRIEL, E., *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- CARRILLO SALCEDO, J., *El Convenio Europeo De Derechos Humanos*. Tecnos, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, J.: *Soberanía del Estado y Derecho internacional*. Madrid: 1976.
- CARRIÓ, A., *Los crímenes del Cóndor: El caso Prats y la trama de conspiraciones entre los servicios de inteligencia del Cono Sur*. Buenos Aires: Sudamericana, 2005.
- CARRIÓ, G., *El sistema americano de derechos humanos*, Buenos Aires: EUDEBA, 1987.



- CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*. Tirant Lo Blanch, 2012.
- CASADO RAIGÓN, R. y VÁSQUEZ GÓMEZ, E., «La impronta del ius cogens en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» en *Soberanía del Estado y derecho internacional, Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, 2005.
- CASADO RAIGÓN, R., *Notas Sobre El Ius Cogens Internacional*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1999.
- CASANOVA, J., (coord.). ESPINOSA, F, MIR, C. y GÓMEZ, F., *Morir, matar, sobrevivir: La violencia en la dictadura de Franco*. Barcelona: Crítica, 2002.
- CASSESE, A., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford University Press, 2009.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*. Oxford University Press, 2nd ed. 2008.
- CASSESE, A., "Crimes against Humanity", en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (Coords.). *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, New York: Oxford University Press, 2002.
- CASSESE, A., "Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n.º 2, 2006, pp. 410-418.
- CASSESE, A., *The repression of international crimes in domestic jurisdictions* en *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 621-631.
- CASTRO, L., *Capital De La Cruzada: Burgos Durante La Guerra Civil*, Barcelona: Crítica, 2006.
- CHERNISHOVA, O. & VAJIÉ, N., "The Court's evolving response to the states' failure to cooperate" en SPIELMANN, D., TSIRLI, M. & VOYATZIS (eds.). *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant: Mélanges en l'honneur de Christos T. Rozakis*, Bruylant, 2011, pp. 46-79.
- CHEVALIER-WATTS, J., "The Phenomena of Enforced Disappearances in Turkey and Chechnya: Strasbourg's Noble Cause?" en *Human Rights Review*, vol. 11, n.º 4, 2010, pp. 469-490.

- CHINCHÓN, J., «Las desapariciones forzadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en CASADO, M. y LÓPEZ ORTEGA, J. J. (coords.). *Desapariciones Forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del Convenio de la ONU a las búsquedas através del ADN*, Barcelona: UNESCO-Cátedra de Bioética de la Universitat de Barcelona y Observatori de Bioetica i Dret, 2015, pp. 341-359.
- CHINCHÓN ALVAREZ, J., «Jurisdicción Universal» en *Eunomía: Revista En Cultura De La Legalidad*, n.º 7, 2014, pp. 236-247.
- CHINCHÓN, J., VICENTE, L. y MORENO, A., «La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas» en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 2, 2014, pp. 66-101.
- CHINCHÓN, J., «TEDH - Decisión de 27.03.2012, Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España, 301410/09 - Arts 2, 3, 5, 8 y 13 CEDH - Desaparición Forzada de Personas durante la Guerra Civil Española: Incompetencia (Sobrevenida) respecto a la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar» en *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, vol. 45, n.º 17, 2013, pp. 741-759.
- CHINCHÓN, J., «Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. Debates pasados, presentes y futuros en el sistema internacional de protección de los derechos humanos» en TORRES BERNÁRDEZ, S., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., QUEL LÓPEZ, J., y LÓPEZ MARTÍN, A.G. (coords.). *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid: Iprolex, 2013.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008» en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2009, tomo 1, pp. 1415-1424.



- CIGAR, N., *Genocide in Bosnia: the policy of "ethnic cleansing"*. College Station, Texas A & M University Press, 1995.
- CITRONI, G., "The Specialist Chambers of Kosovo" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, n.º 1, 2016, pp. 123-143.
- CITRONI, G., "The Pitfalls of Regulating the Legal Status of Disappeared Persons Through Declaration of Death" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, pp. 787-803.
- CITRONI, G., "When is enough? Enforced Disappearance and the 'Temporal Element'" en *Droits fondamentaux*, n.º 9, janvier 2011-décembre 2012, pp.1-28.
- CITRONI, G., «Desaparición Forzada De Personas: Desarrollo Del Fenómeno y Respuestas De La Corte Interamericana De Derechos Humanos» en *Anuario Español De Derecho Internacional*, n.º 19, 2003, pp. 373-408.
- COCONI ARAU, L., «Convergencias entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana: la cuestión de las desapariciones forzadas. El caso Varnava contra Turquía» en SAURA ESTAPA, J. y AGUILERA VAQUÉS, M., *Reconocimiento y Protección De Derechos Emergentes En El Sistema Europeo De Derechos Humanos*. Dykinson, Instituto De Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas, Universidad Carlos III, 2012.
- COLOMER, J., *La transición a la democracia: El modelo español*. Barcelona: Anagrama, 1998.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *The Right to Reparation for Victims of Human Rights Violations: a Compilation of Essential Documents*, 1998.
- COMMISSION TO STUDY THE ORGANIZATION OF PEACE, *The United Nations and Human Rights*. Oceana Publications Inc., 1968.
- CORNELIUS, K., *Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.
- CORRIAS, L., "Crimes Against Humanity, Dehumanization and Rehumanization: Reading the Case of Duch with Hannah Arendt" en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence: An International Journal of Legal Thought*, vol. 29, n.º 2, 2016, pp. 351-370. DOI: 10.1017/cjl.2016.15
- CRAWFORD, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility-Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge University Press, 2002.

- CRENZEL, E. (coord.). *Los Desaparecidos en la Argentina. Memorias, representaciones e ideas (1983-2008)*, Buenos Aires: Biblos, 2010.
- CRUCES GARCÍA, D., «Desapariciones forzadas: una herida abierta de la guerra civil y el franquismo» en *Summa Iuris*, vol. 6, n.º 1, enero-junio 2018, pp. 25-45. [En línea] Disponible en: <https://doi.org/10.21501/23394536.3105>
- CRUZ, L., «El Derecho de reparación a las víctimas en el Derecho Internacional. Un Estudio Comparativo Entre el Derecho Internacional de Responsabilidad Estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos» en *UNED Revista de Derecho Político*, n.º 77, enero-abril 2010, pp. 185-209
- DANNER, M., *Ethnic Cleansing in Yugoslavia*. Nueva York: NY Books, 1999.
- DECAUX, E. & DE FROUVILLE, O. (eds.). *La Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*. Anthemis, 2009.
- DECAUX, E., « La problématique des disparitions forcées a la lumière des articles 2 et 3 CEDH » en DE CHASSIN, C., *La portée de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas: Bruylant 2006, pp. 157-178.
- DECAUX, E., « La Chambre des Droits de l'Homme pour Bosnie-Herzégovine » en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n.º 44, 2000, pp. 709-728.
- DE GREIFF, P. & International Center for Transitional Justice, *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006.
- DEJESÚS, K., BOSCO, F. & HUMAYDAN, I., "Enforced Disappearance: Spaces, Selves, Societies, Suffering" en *ACME: An International E-Journal for Critical Geographies*, vol. 13, n.º 1, 2014, pp. 73-79.
- DE LA CUESTA, J. L. y ODRIOZOLA, M., «Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-08, 14 de junio de 2018, pp. 1-38. [En línea] Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-08.pdf>
- DELGADO, S., DE PRADO, M. y LÓPEZ, S., «La Guerra Civil En Castilla Y León: Ensayo General Para La Dictadura Franquista» en *Pasado y Memoria, Revista de Historia Contemporánea*, n.º 8, 2009, pp. 115-129.
- DELMAS-MARTY, M., *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*. Martinus Nijhoff, 1992.

- DE VABRES, D., « Le systeme de la répression universelle: Ses origines historiques - Ses formes contemporaines » en *Revue critique de droit international privé*, vol. 18, 1922, pp. 533-564.
- DE VATTEL, E., *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains. Tome I y II*. Londres: 1758.
- DÍEZ RODRÍGUEZ, E., *La Justicia Universal Como Herramienta Contra La Impunidad De Los Crímenes Internacionales: Análisis Histórico y Comparado Con Especial Referencia a La Situación Española*. Universidad Carlos III De Madrid, 2017.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J., *El Derecho Penal Internacional (Ámbito Espacial de la Ley Penal)*. Colex, 1990.
- DINGES, J., *The Condor Years: How Pinochet and His Allies Brought Terrorism to Three Continents*, New Press, 2004.
- DINSTEIN, Y., "The International Military Tribunal at Nuremberg" en *Israel Yearbook on human rights*, vol. 37, 2007.
- DONNEDIEU DE VABRES, H., « Le proces de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international » en *RCADI*, 1947-I, vol. 70, pp. 481-582.
- DONNEDIEU DE VABRES, H., « Le systeme de la répression universelle: Ses origines historiques - Ses formes contemporaines » en *18 Revue critique de droit international privé*, 1922, pp. 533-564.
- DREZEMCZEWSKI, A. & MEYER-LADEWING, J., "Principal characteristics of the news of ECHR control mechanism, as established by Protocols No. 11, signed on 11 May 1994" en *Human Rights Law Journal*, vol. 15, n.º 3, 1994, pp. 81-86.
- DULITZKY, A., «Una Mirada al Sistema Interamericano de Derechos Humanos» en *América Latina Hoy: Revista De Ciencias Sociales*, 1998, pp. 9-18.
- EISSEN, M. et al., « La Cour Européenne Des Droits De l'Homme » en *Cahiers De Droit*, vol. 25, n.º 4, 1984, pp. 873-933.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., GARCÍA ARÁN, M., & LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal: el caso Pinochet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- ESCUDERO ALDAY, R., «Memoria Histórica e Imperio De La Ley: El Poder Judicial Ante El Derecho a La Reparación De Las Víctimas Del Franquismo» en

- Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, n.º 38, enero 2018, pp. 73-105.
- ESCUADERO ALDAY, R. y PÉREZ GONZÁLEZ, C. (eds.). *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Trotta, 2013.
- ESPARZA, M., HUTTENBACH, H. & FEIERSTEIN, D., *State Violence and Genocide in Latin America: The Cold War Years*. Londres/Nueva York: Routledge, 2010.
- ESPINOSA MAESTRE, F., *Violencia roja y azul: España, 1936-1950*, Barcelona: Crítica, 2010.
- EUDES, M., « L'Affaire "Katyn" Dans le Prétoire de la Cour Européenne des Droits De l'Homme: l'un des plus Grands Crimes de l'Histoire enfin jugé » en *Annuaire Fran;ais De Droit International*, vol. 58, n.º 1, 2012, pp. 679-698.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., « La Obligación De Investigación Efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Especial Referencia a la Práctica Española » en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 26, diciembre 2013.
- FERNÁNDEZ LIESA, C., «La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español» en TAMARIT, J. (coord.). *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*. Barcelona: Atelier, 2010, pp. 73-90.
- FERNÁNDEZ SOLA, N., «[E] derecho a [a] reparación de [a]s víctimas de desaparición forzada: hacia la justicia a través del derecho internacional» en *Revista Español/a de Derecho Internacional*, vol. 60, n.º 2, 2008, pp.397-425.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «El *ius cogens* y las obligaciones derivadas de las normas imperativas: entre el mito y la realidad en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A. (coords.). *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 1, 2005, pp. 619-638.
- FERNÁNDEZ VÉLEZ, G., *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

- FERRÁNDIZ, F., «De las fosas comunes a los derechos humanos: El descubrimiento de las desapariciones forzadas en la España contemporánea» en *Revista de Antropología Social*, vol. 19, 2010.
- FERRER MAC GREGOR, E., «Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: Vinculación Directa hacia las partes (*Res Judicata*) e Indirecta Hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*Res Interpretata*) (Sobre El Cumplimiento Del Caso Gelman vs. Uruguay)» en *Estudios Constitucionales: Revista Del Centro De Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2014, pp. 641-694.
- FINLAN, A., *The Collapse of Yugoslavia 1991-1999*, Oxford: Osprey Publishing, 2014.
- FINUCANE, B., "Enforced Disappearance as a Crime Under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War" en *Yale Journal of International Law*, vol. 35, 2010, pp. 171-197.
- FISCHER-LESCANO, A., "Global Constitutional Struggles: Human Rights between colere publique and colere politique" en KALECK W., RATNER M., SINGELNSTEIN T. & WEISS P. (eds.). *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2007.
- FITCHTELBERG, A., *Hybrid Tribunals: A comparative examination*. New York: Springer-Verlag, 2015.
- FITZMAURICE, G., "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law" en *92 Recueil des Cours de l'Academie de La Haye I*, 1957.
- FIX ZAMUDIO, H., «La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el Sistema Interamericano» en *Revista n.º 8, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica: IIDH, 1988.
- FRECH, R., *Disappearances in Bosnia and Herzegovina*, Viena: Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, 1998.
- FROUVILLE, O., « La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire. Première partie: les dispositions substantielles » en *Droits Fondamentaux*, n.º 6, janvier 2006 - décembre 2007.
- FULTON, S., "Redress for Enforced Disappearance" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, n.º 4, 2014, pp. 769-786.

- GALELLA, P., «La obligación de investigar las desapariciones forzadas y su aplicación a los crímenes del franquismo en España» en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 14, 2014, pp. 77-116.
- GALELLA, P., «La Convención Internacional Para La Protección De Todas Las Personas Contra Las Desapariciones Forzadas: Un gran paso hacia una mayor protección en la lucha contra este fenómeno» en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21, 2010, pp. 77-100.
- GALLEGO GARCÍA, G. Y FERNÁNDEZ SOLA, N., «Guerra y Desaparición Forzada (II)» en *Jueces Para La Democracia*, n.º 48, 2003, pp. 103-115.
- GALLEGO GARCÍA, G. Y FERNÁNDEZ SOLA, N., «Guerra y Desaparición Forzada (I)» en *Jueces Para La Democracia*, n.º 47, 2003, pp. 85-95.
- GALLEGO GARCÍA, G., «El acuerdo gobierno-FARC sobre búsqueda, identificación y entrega digna de personas desaparecidas. Análisis político y jurídico» en *Estudios de Derecho*, vol. 72, n.º 160, pp. 105-141.
- GARCÉS, J., «Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo» en TAMARIT, J. (coord.). *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, 2010, pp. 175-190.
- GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen Internacional y jurisdicción universal: el caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La Convención Europea De Derechos Humanos, Requisito Moral y Económico para la Integración» en *Foro Internacional*, vol. 33, n.º 2, 1993, pp. 299-312.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Umbral Del Siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Universitat De Valencia, 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., y LONDOÑO, M., *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos T. VI*. Universidad Nacional Autónoma De México/Universidad De La Sabana/Corte Interamericana De Derechos Humanos, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., *La Corte Interamericana De Derechos Humanos, un Cuarto De Siglo: 1979-2004*. Corte Interamericana De Derechos Humanos, 2005.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. y ZANGHI, C., «Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias» en CANOSA USERA, R. et al. (eds.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Civitas, Thomson Reuters, 2012, pp. 423-492.



- GARCÍA RAMÍREZ, S., «Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos» en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. 2ª ed., vol. I, pp. 129-158. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.
- GARCÍA ROCA, F. *et al.*, *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- GASSIOT BALLBE, E., «Arqueología de un silencio. Arqueología forense de la Guerra Civil y del Franquismo» en *Complutum*, vol. 19, n.º 2, 2008, pp. 119-130.
- GAUDICHAUD, F., *Operación Cóndor: Notas sobre el terrorismo de Estado en el Cono Sur*. Madrid: Sepha Edición y Diseño, 2005.
- GENOVESE, C. & VAN DER WILT, H., "Fighting Impunity of Enforced Disappearances through a Regional Model" en *Amsterdam Law Forum*, vol. 6, n.º 1, 2014, pp. 4-22.
- GERSON, A., "72 Years Later: Still Seeking Accountability for the Katyn Forest Massacre" en *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 44, n.º 3, 2012, pp. 605-613.
- GIL GIL, A., MACULAN, E. y BELTRÁN, A., *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Dykinson, 2016.
- GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Barcelona: Atelier, 2009.
- GIL GIL, A., «La Sentencia De La Audiencia Nacional En El Caso Scilingo» en *Revista Electrónica De Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7, 2005. [En línea] Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>
- GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
- GIORGOU, E., *Enforced Disappearance: at the Crossroads of State and Individual Criminal Responsibility in International Law*. Université de Geneve, 2015.
- GLENNY, M., *The Fall of Yugoslavia: the Third Balkan War*, Penguin, 1992.
- GOLDMAN, R., «Historia y Acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Actual» en COVARRUBIAS VELASCO, A. y ORTEGA NIETO, D. (Coords.). *La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI*, México D.F.: 2007, pp. 109-148.



- GÓMEZ COLOMER, J. L. *et al.*, *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GÓMEZ ISA, F., *El derecho a la memoria*, Bilbao: Alberdania, 2006.
- GÓMEZ LÓPEZ, J., *Crímenes de lesa humanidad*, Santa Fe de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1998.
- GONZÁLEZ, J. y GALAIN PALERMO, P., «Uruguay» en AMBOS, K., MALARINO, E. y ELSNER, G. (Eds.). *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, I. *et al.*, «La Media Prescripción Frente Al Delito De Desaparición Forzada De Personas. ¿Incumplimiento De La Normativa Internacional En Materia De Crímenes De Lesa Humanidad?» en *Revista Direito GV*, vol. 10, n.º 1, 2014, pp. 321-346.
- GOODHART, A. L., "The Legality of the Nuremberg Trials" en METTRAUX, G., *Perspectives on the Nuremberg Trial*. Oxford University Press, 2008, pp. 626-637.
- GOODRICH, L. M., HAMBRO, E. & SIMONS, A., *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 3rd ed., 1969.
- GORJAO, P., "The Legacy and Lessons of the United Nations Transitional Administration in East Timor" en *Contemporary Southeast Asia*, vol. 24, n.º 2, 2002, pp. 313-336.
- GOW, J., *Legitimacy and the Military: the Yugoslav Crisis*, Pinter, 1992.
- GRAMMER, C., *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person. Transposition einer volkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- GRANADOS SOLER, D., "La Educación Como Una Garantía De No Repetición En Tiempos De Negociación De La Paz" en *Trabajo Social*, Universidad Nacional De Colombia, n.º 18, 2016, pp. 56-74.
- GRAVEN, J., « *Les crimes contre l'humanité* » en *Recueil des course de l'Académie de droit international de La Haye*, I, 1950, pp. 433-607.
- GROSSMAN, C., "The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future" en *Indiana Law Journal*, vol. 83, n.º 4, 2008, pp. 1267-1282.

- GROTIUS, H., *De Jure Belli ac Pacis*, Francis W. Kelsey trans, Oxford University Press, 1925, Book II, Ch. 20, XL (1). First published 1625.
- GÜNTHER, J., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Derecho Penal Parte General, Berlin/Nueva York: 1991.
- HALL, C. K., "Enforced disappearance of persons" in TRIFFTERER, O. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*. München: Beck, 2008.
- HANNIKAINEN, L., *Peremptory norms (ius cogens) in international law: historical development, criteria, present status*. Helsinki: Finnish Lawyers' Pub. Co., 1988.
- HARRIS, D. & LIVINGSTONE, S. (eds.). *The Inter-American System of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 1998.
- HARPER, E., "Studying Post-Conflict Rule of Law: the Creation of an 'Ordinary Crimes Model' by the United Nations Transitional Administration" en *The Australian Journal of Asian Law*, vol. 8, n.º 2, 2006, pp. 115-120
- HART, J., "The European Human Rights System" en *Law Library Journal*, vol. 102, n.º 4, 2010, pp. 533-559.
- HAYDEN, R., *From Yugoslavia to the western Balkans: studies of a European disunion, 1991-2011*, Leiden, The Netherlands: Brill, 2012.
- HEFFERNAN, L., *Human Rights: a European Perspective*, The Round Hall Press: Irish Centre for European Law, 1994.
- HEIJER, M., & VANDER WILT, H. (eds.). *Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?* The Hague: T.M.C. Asser Press, 2016.
- HERI, C., "Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights' Ratione Temporis Jurisdiction. A discussion of Temporal Elements in Janowiec and Others v. Russia" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, n.º 4, 2014, pp. 751-768.
- HERNÁNDEZ ESTEBAN, E., «La Corte Penal Internacional: Un reto contra la impunidad» en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad De La Rioja*, REDUR, n.º 14, 2016, pp. 191-217.
- HOBBS, C. M., "The Conflict Between the Alien Tort Statute Litigation and Foreign Amnesty Laws" en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, n.º 2, 2010.
- HOOPES, T. & BRINKLEY, D., *FDR and the Creation of the U.N.* Yale University Press, 1997.

- HUMAN RIGHTS CHAMBER FOR BOSNIA AND HERZEGOVINA: *Digest of Decisions: 1996 - 2002 with an Introduction by Manfred Nowak*, Engel, 2003.
- INAZUMI, M., *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*. Intersentia, 2005
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Ia Corte Interamericana De Derechos Humanos, Estudios y Documentos*. Instituto Interamericano De Derechos Humanos, 1980.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (ICRC), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, 2005.
- INTERNATIONAL MILITARY COMMISSION, "Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes in Weight, 29 November 1868" en *American Journal of International Law*, vol. 1, n° 2, abril 1907.
- IVANISEVIĆ, B., *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina: From Hybrid to Domestic Court*. International Center for Transitional Justice, 2008.
- JALLOH, C., "Special Court for Sierra Leone: Achieving Justice?" en *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, n° 3, 2011, pp. 395-460.
- JALLOH, C., (ed.). *Consolidated Legal Texts of The Special Court for Sierra Leone*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- JÁUREGUI, F. y MENÉNDEZ, M., *Lo que nos queda de Franco: Símbolos, personajes, leyes y costumbres, veinte años después*. 1ª ed., Temas De Hoy, 1995.
- JESSEE, E., *Negotiating Genocide in Rwanda: the Politics of History*. First ed., 2017.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «Ilegitimidad franquista frente a legalidad republicana» en *Revista Mientras Tanto*, n.º 114, 2010, pp. 73-93.
- JONES, J. y POWLES, S., *International Criminal Practice*, 3rd edition, Oxford University Press, 2003.
- JULIÁ DÍAZ, S. (coord.). CASANOVA, J., SOLÉ i SABATÉ, J. M., VILLARROYA, J. y MORENO, F., *Víctimas de la Guerra Civil*, Madrid: Temas de Hoy, 2004.
- KELLER, H. & HERI, C., "Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, n.º 4, 2014, pp. 735-750.

- KELLER, H., & CHERNISHOVA, O., "Disappearance cases before the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: Convergences and Divergences" en *Human Rights Law Journal*, vol. 32, n.º 7-12, 2012, pp. 237-249.
- KELSEN, H., "The rule against *ex post facto* law and the prosecution of the Axis war criminals" en *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, n.º 3, 1945.
- KIERNAN, B., *The specter of genocide: Mass murder in historical perspective*. Nueva York: Cambridge University Press, 2003.
- KIERNAN, B., *Le génocide au Cambodge, 1975-1979: race, idéologie et pouvoir*, París: Gallimard, 1998.
- KLONOVSKY, M. & VON FLOCKEN, J., *Stalins Lager in Deutschland 1945-1950*, München: Dokumentation, Zeugenberichte, 1993.
- KNUCHEL, S., *"Jus Cogens": Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, Zürich: Schulthess, 2015.
- KOCH, J., "The Difficulty of Temporal Jurisdiction in Janowiec and Others V. Russia" en *Boston College International & Comparative law Review*, vol. 38, n.º 3, 2015, pp. 43-59.
- KOLB, R., *Peremptory International Law - "Jus Cogens": a General Inventory*, Oxford: Hart Publishing, 2017.
- KOLB, R., *Théorie du ius cogens international: Essai de relecture du concept*. Geneve: Graduate Institute Publications, 2001.
- KRAYTMAN, Y., "Universal Jurisdiction - Historical Roots and Modern Implications" en *Brussels Journal of International Studies*, vol. 2, 2005.
- KUFUOR, K., *The African Human Rights system. Origin and evolution*. Palgrave Macmillan, 2010.
- KYRIAKOU, N., "The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions To International Human Rights Law, With Specific Reference To Extraordinary Rendition" en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, n.º 1, 2012, pp. 424-461.
- LAFUENTE, I., *Esclavos por la patria: La explotación de los presos bajo el franquismo*, Madrid: Temas de Hoy, 2002.
- LAMARCA PÉREZ, C., «Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo» en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 34, 2007, pp. 69-77.

- LAMARCA PÉREZ, C., «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile» en ARROYO ZAPATERO, L. A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.). Vol. I., pp. 1099-1108, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001.
- LÁZARA, S., «Desaparición forzada de personas, Doctrina de la seguridad nacional y la influencia de los factores económico-sociales» en *La Desaparición, Crimen contra la Humanidad*. Grupo de iniciativa por una Convención Internacional sobre la desaparición forzada de personas. Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires: 1987.
- Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes: Colloque de Paris Janvier-Février 1981, París: Ed. Berger-Levrault, 1982.
- LEIGH, M., "Inter-American Court of Human Rights" en *American Journal of International Law*, vol. 77, n.º 3, 1983, pp. 637-642.
- LEUPRECHT, P. y DELAS, O., « Cinquante Ans De Convention Européenne Des Droits De L'Homme - La Convention Européenne : Un Chef D'œuvre En Péril ? » en *Revue Québécoise De Droit International*, vol. 13, n.º 1, 2000, pp. 7-23.
- LINTON, S., *Hong Kong's War Crimes Trials*. Oxford University Press, 2013.
- LONDOÑO LÁZARO, M. y HURTADO, M., "Las Garantías De No Repetición En La Práctica Judicial Interamericana y Su Potencial Impacto En La Creación Del Derecho Nacional" en *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, vol. 50, n.º 149, 2017, pp. 725-775.
- LONDOÑO LÁZARO, M., *Las Garantías de no Repetición en la Jurisprudencia Interamericana*, Tirant lo Blanch, 2014.
- LÓPEZ CÁRDENAS, C., *La Desaparición Forzada De Personas En El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos: Estudio De Su Evolución, Concepto y Reparación a Las Víctimas*. Editorial Universidad Del Rosario, 2017.
- LÓPEZ DÍAZ, C., «Colombia» en AA.VV., *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, 2009.
- LÓPEZ GUERRA, L., «La Evolución del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos» en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018, pp. 111-130.

- LÓPEZ GUERRA, L. y SAIZ ARNAIZ, A., *Los Sistemas Interamericano y Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Una Introducción Desde la Perspectiva del Diálogo Entre Tribunales*. Palestra, 2015.
- LÓPEZ GUERRA, L., MORTE GÓMEZ, C., MENGUAL i MALLOL, A. y CANO PALOMARES, G., (Coords.). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una Visión Desde Dentro. En Homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant Lo Blanch, 2015.
- LÓPEZ GUERRA, L., «El sistema europeo de protección de derechos humanos» en URUEÑA, R. et al., *Protección Multinivel De Derechos Humanos. Manual. Red De Derechos Humanos y Educación Superior*, 2014, pp. 165-186.
- LÓPEZ GUERRA, L., «El caracter dinámico del sistema europeo de derechos humanos» en CARBONELL MATEU, J. et. al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 1178-1188.
- LOUCAIDES, L., "The judgment of the European Court of Human Rights in the case of Cyprus v. Turkey" en *Zeiden Journal of international law*, vol. 15, issue 1, 2002, pp. 225-236.
- MAHONY, C. et al., *Conflict Prevention and Guarantees of Non-Recurrence*. United Nations. World Bank. Pathways for Peace: Inclusive Approaches to Preventing Violent Conflict. Background Papers, 2017. [En línea] Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3158012>.
- MAIER, C., *The Unmasterable Past: History, Holocaust, and German National Identity*. Harvard University Press, 1988.
- MALARINO, E., «Argentina» en AA.VV., *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, 2009.
- MALARINO, E., «El crimen de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina. Algunos problemas en relación con el principio de legalidad penal» en *2012 Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni*, pp. 347-364.
- MAMDANI, M., *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*. Princeton University Press, 2001.
- MANERO SALVADOR, A., «Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas» en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 28, 2012, pp. 105-141.



- MANSKE, G., *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit: zu einem zentralen Begriff der Internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Berlín: Duncker & Humblot, 2003.
- MARÍN LÓPEZ, A., «La reforma del Sistema de Protección de los derechos del hombre en el Consejo de Europa: El Protocolo N° 11 al Convenio Europeo de 1950» en *Anuario Español De Derecho Internacional*, n.º 11, 1995, pp. 169-202.
- MÁRQUEZ CARRASCO, C., «Los crímenes contra la humanidad en perspectiva histórica (1899-1946)» en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A. (coords.). *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 2, 2005, pp. 833-856.
- MARTÍN PALLÍN, J., y ESCUDERO ALDAY, R., *Derecho y memoria histórica*. Madrid: Trotta, 2008.
- MASKIN, H., *El Sistema Europeo De Derechos Humanos*, Universidad de Buenos Aires, 1973.
- MÁTÉ, G. & BÉKETANÁCS, O., *Génocide au Cambodge*. Budapest: Conseil Hongrois de la Paix, 1979.
- MAYER-RIECKH, A., "Guarantees of Non-Recurrence: An Approximation" en *Human Rights Quarterly*, vol. 39, n.º 2, 2017, pp. 416-448.
- MAZUELOS, J., *La consideración de la desaparición forzada o involuntaria de personas como crimen contra la humanidad*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona: Belaterra, 1989.
- MBONDENYI, M., *The African System on Human and Peoples' Rights. Its Promises, Prospects and Pitfalls*, Saarbrücken: Lambert Academic Publishing, 2010.
- McAULIFFE, P., "UN Peace-Building, Transitional Justice and the Rule of Law in East Timor: The Limits of Institutional Responses to Political Questions" en *Netherlands International Law Review*, vol. 58, n.º 1, 2011, pp. 103-135.
- McCRORY, S., "The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance" en *Human Rights Law Review*, vol. 7, issue 3, 2007, pp. 545-566.
- McDONALD, R., MATSCHER, F. & PETZOLD, H. (eds.). *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, 1993.
- McGOLDRICK, D., *The Human Rights Committee: Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1991.



- McNAIR, A., *The Law of Treaties, British Practice and Opinions*. New York: Columbia University Press, 1951.
- McSHERRY, J., *Predatory States, Operation Condor and covert war in Latin America*. Rowman and Littlefield Publishers, 2005.
- MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C., *Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007.
- MEDINA QUIROGA, C., *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.
- MEDINA QUIROGA, C., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1993.
- MEISENBERG, S. & STEGMILLER, I., (eds.). *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Assessing Their Contribution to International Criminal Law*. The Hague, 2016.
- MÉNDEZ, J., y COX, F., *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José: IIDH, 1998.
- MÉNDEZ SILVA, R., «La Corte Penal Internacional» en GARCÍA RAMÍREZ, S., y VARGAS CASILLAS, L. (Coords.). *Proyectos legislativos y otros temas penales (Segundas Jornadas sobre Justicia Penal)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica n.º 129, México: Ed. UNAM, 2003, pp. 275-292.
- MENDOZA CALDERÓN, S., «La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: El caso Scilingo» en *Estudios Penales Y Criminológicos*, n.º 31, 2011, pp. 431-507.
- MENDOZA GARCÍA, J., «Memoria de las desapariciones durante la guerra sucia en México» en *Athenea Digital*, vol. 15, n.º 3, pp. 85-108. [En línea] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5565/rev/athenea.1446>.
- MENJÍVAR, C. y RODRIGUEZ, N., *When States Kill: Latin America, the U.S., and Technologies of Terror*. Austin: University of Texas Press, 2005.
- METTRAUX, G., *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*. Oxford University Press, 2005.

- MIKASINOVICH, B., *Yugoslavia, crisis and disintegration*, Milwaukee, Wis.: Plyroma Pub. Co., 1994.
- MODELELL GONZÁLEZ, J. L., "The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights" en *International Criminal Law Review*, vol. 10, n.º 4, 2010, pp. 475-489.
- MONTES FERNÁNDEZ, F., «El Consejo de Europa» en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º 47, 2014, pp. 57-92.
- MONTOYA, J., «El delito de desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático-penales» en *Cuadernos de Trabajo*, n.º 11, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
- MORTON, J. et al, *Reflections on the Balkan Wars: Ten Years after the Break up of Yugoslavia*, Palgrave Macmillan, 2004.
- MUGWANYA, G., *Enhancing Human Rights through the African Regional Human Rights System*. London: Transnational Publishers, 2003.
- MURRAY, A., "Enforced Disappearance and Relatives' Rights before the Inter-American and European Human Rights Courts" en *International Human Rights Law Review*, vol. 2, n.º 1, 2013, pp. 57-81.
- MURRAY, R. & MOTTERSHAW, E., "Mechanisms for the Implementation of Decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights" en *Human Rights Quarterly*, vol. 36, n.º 2, 2014, pp. 349-372.
- MURRAY, R., *The African Commission on Human and Peoples' Rights and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- NIETO-NAVIA, R., *Introducción Al Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pontificia Universidad Javeriana, Programa De Estudios Políticos, 1988.
- NOVAK, A., *International Criminal Court. An Introduction*, Springer, 2015.
- NOWAK, M., "Reparation by the Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina" en DE FEYTER et al., *Out of the Ashes Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Intersentia, 2005, pp. 245-288.
- NOWAK, M., "Disappearances in Bosnia-Herzegovina" en O'Flaherty, M. & GISVOLD, G. (eds.). *Post-war protection of human rights in Bosnia and Herzegovina*, The Hague: M. Nijhoff, 1998, pp. 107-121.

- NOWAK, M., "Monitoring Disappearances-The Difficult Path from Claryfying Past Cases to Effectively Preventing Future Ones" en *European Human Rights Law Review*, vol. 1, 1996, pp. 349-361.
- NOWAK, M., "The Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina adopts its first judgments" en *Human Rights Law Journal*, vol. 18, n.º 5-8, 1997.
- ODINKALU, C. & CHRISTENSEN, C., "The African Commission on Human and Peoples' Rights: The Development of Its Non-State Communication Procedures" en *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n.º 2, 1998, pp. 235-280.
- OLIVERA ALFARO, R., «Memoria, Verdad y Justicia en Uruguay: La Gestión Del Pasado En Un Escenario De Luces y Sombras» en *IlCEA, Revue de l'Institut des langues et cultures d'Europe, Amérique, Afrique, Asie et Australie*, vol. 26, 2016. [En línea] Disponible en: <http://journals.openedition.org/ilcea/3905>.
- OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., «La reforma del principio de justicia universal » en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 83, 2011.
- OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para crímenes internacionales*, La Ley, 2008.
- OPSAHL, T., "The Human Rights Committee" en ALSTON, P. (ed.). *The United Nations and Human Rights: a critical appraisal*, Oxford: Clarendon Press, 1992.
- OTIÑANO VIÑES, J. y BERMEJO GARCÍA, R., *Los Conflictos De Los Balcanes*, Editorial Ministerio De Defensa, 2007.
- OTT, L., *Enforced Disappearance in International Law*, Intersentia, 2011.
- PANIZO, L., «Muerte, Desaparición y Memoria: El Caso de los desaparecidos de la última dictadura militar en Argentina» en *Historia, Antropología y Fuentes Orales*, n.º 42, 2009, pp. 71-84.
- PARAYRE, S., «La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia ratione temporis de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos» en *Revista IIDH*, vol. 29, 1999.
- PARK, R., "Proving Genocidal Intent: International Precedent and ECCC Case 002" en *Rutgers Law Review*, vol. 63, n.º 1, 2010, pp. 129-191.
- PARRA VERA, O. «La Jurisprudencia De La Corte Interamericana Respecto a La Lucha Contra La Impunidad: Algunos Avances y Debates» en *Revista Jurídica De la Universidad de Palermo*, vol. 13, n.º 1, 2012, pp. 5-52.

- PASQUALUCCI, J., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge University Press, 2003.
- PASQUALUCCI, J., "The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law" en *The University of Miami, Inter-American Law Review*, vol. 26, n.º 2, winter, 1994/1995.
- PASTOR RIDRUEJO, J., «Sesenta Años Del Consejo de Europa» en *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, n.º 33, 2009, pp. 441-449.
- PASTOR RIDRUEJO, J., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La Reforma De La Reforma» en *Persona y Derecho: Revista De Fundamentación De Las Instituciones Jurídicas y De Derechos Humanos*, n.º 44, 2001, pp. 51-64.
- PATEL, G., "How 'Universal' Is the United Nations' Universal Periodic Review Process? An Examination of the Discussions Held on Polygamy" en *Human Rights Review*, vol. 18, n.º 4, 2017, pp. 459-484.
- PEGORIER, C., *Ethnic Cleansing: a Legal Qualification*. Hoboken: Taylor and Francis, 2013.
- PÉREZ CEPEDA, A. I., «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España» en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Anidip, vol. 3, 2015, pp. 10-40.
- PÉREZ CEPEDA, A., *El Principio De Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant Lo Blanch, 2012.
- PÉREZ SOLLA, M., *Enforced Disappearances in International Human Rights*. McFarland & Company, 2006.
- PHAM, P. et al., "Victim Participation and the Trial of Duch at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia" en *Journal of Human Rights Practice*, vol. 3, n.º 3, 2011, pp. 264-287.
- PIGRAU SOLÉ, A. *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Oficina de la promoción de la paz y de los derechos humanos, 2009.
- PINTO, M., *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.
- PONS PRADES, E., *Los años oscuros de la transición española: La crónica negra de 1975 a 1985*. 1ª ed., Belacqva, 2005.

- POPKIN, M., «El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *ratione temporis*» en *Revista Cejil*, n.º 1, 2005.
- PRADO VALLEJO, J., «La protección internacional de los derechos humanos y el Comité» en ANDO, N. (ed.). *Towards Implementing Universal Human Rights, Festschrift for the twenty-fifth anniversary of the Human Rights Committee*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, vol. 18, 2004, pp. 25-39.
- PRATT, V. y VIÑUALES, J., «Retroactivité et non-retroactivité en Droit International: Essai de clarification conceptuelle a partir de l'expérience du Procès de Nuremberg » en *Annuaire Française de Droit International*, París, 2013.
- PRESTON, P., *El holocausto español: Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*. Barcelona: Debolsillo, 2013.
- PUSCA, B., "European Protection System of Human Rights" en *Acta Universitatis Danubius Juridica*, vol. 2, n.º 1, 2006, pp. 11-20.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid, 1955.
- QUISPE REMÓN, F., «Los Derechos Humanos como límite a la voluntad popular: El Caso Gelman» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 64, n.º 1, 2012, pp. 243-247.
- QUISPE REMÓN, F., «La Corte Penal Internacional y Sudán: el mandato de detención para Omar Al Bashir» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 61, n.º 2, 2009, pp. 541-545.
- QUISPE REMÓN, F., *Breve acercamiento a la Corte Penal Internacional*. Coalición de ONG por la Corte Penal internacional, 2004. [En línea] Disponible en: <http://www.iccnw.org>.
- QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- QUISPE REMÓN, F., «La protección de derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual» en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, pp. 225-258.
- QUISPE REMÓN, F., «Los Derechos Humanos como límite a la voluntad popular: El Caso Gelman» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 64, n.º 1, 2012.

- QUISPE REMÓN, F., «Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo» en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 28, 2012, pp. 143-183.
- RADIN, M., "The right to a public trial" en *Temple law quarterly*, vol. 6, 1931-1932, pp. 381-399.
- RANDELZHOFFER, A. & TOMUSCHAT, C., *State Responsibility and the Individual Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*. M. Nijhoff Publishers, 1999.
- ROCHELLE, T. & VOETEN, E., "The Relational Politics of Shame: Evidence from the Universal Periodic Review" en *The Review of International Organizations*, vol. 13, n.º 1, 2018, pp. 1-23.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *Derecho a la Verdad y Derecho Internacional en Relación Con Graves Violaciones de los Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- ROESDAHL, M., "Universal Periodic Review and Its Limited Change Potential: Tracking the Complexity of Multiple Actors and Approaches to Human Rights Change through the Lens of the UPR Process of Nepal" en *Journal of Human Rights Practice*, vol. 9, n.º 3, 2017, pp. 401-423.
- ROGEL, C., *The breakup of Yugoslavia and the war in Bosnia*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 2006.
- ROHT-ARRIAZA, N., *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2005.
- RYNGAERT, C., "The Doctrine of Abuse of Process: A Comment on the Cambodia Tribunal's Decisions in the Case against Duch (2007)" en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3, 2008, pp. 719-737.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, P., «El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en MARTÍN, RODRÍGUEZ y GUEVARA (comps.). *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, México: Fontamara, 2004.
- SALADO OSUNA, A., «El Protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos» en *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 21, 1994, pp. 943-965.
- SALSENCH I LINARES, S., "Francoism Facing Justice" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n.º 2, 2013, pp. 463-483.



- SALVIOLI, F., *Jurisprudencia comparada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant Lo blanch, 2012.
- SALVIOLI, F., «El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos» en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el siglo XXI*, Tomo I, Corte Interamericana De Derechos Humanos, 2001.
- SALVIOLI, F., «La Conferencia de Viena de las Naciones Unidas. Esperanzas y frustraciones en materia de derechos humanos» en *Human Rights: The Promise for the 21<sup>st</sup> Century/Direitos Humanos: A promessa do século XXI*"; Oporto: Universidade Portucalense, 1997.
- SALVIOLI, F., «Los desafíos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos» en *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, San José de Costa Rica: IIDH, 1996.
- SALVIOLI, F., «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos» en *Recueil des Cours 1995: Collection of Lectures, Textes et Sommaires*. Strasbourg, France: Ed. Institut International des Droits de l'Homme, 1996-2007. SALVIOLI, F., «Algunas reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo III, San José de Costa Rica: IIDH, 1995.
- SANCHEZ LEGIDO, A., «El Fin Del Modelo Español De Jurisdicción Universal» en *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*, n.º 27, junio de 2014. [En línea] Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num27/articulos/fin-modelo-espanol-jurisdiccion-universal>.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, 2004.
- SANTA CRUZ-ARAMBURU, S., *La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano*. Universidad Carlos III de Madrid, 2016. [En línea] Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/22474>
- SARKIN, J., "Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained Jus Cogens Status in International Law" en *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, 2012, pp. 537-583.



- SAUL, M., "Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges" en *Asian Journal of International Law*, vol. 5, n.º 1, 2015, pp. 26-54.
- SAURA ESTAPA, J. y AGUILERA VAQUÉS, M., *Reconocimiento y Protección de Derechos Emergentes En El Sistema Europeo De Derechos Humanos*. Dykinson. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2012.
- SCHABAS, W., *The Cambridge Companion to International Criminal Law*. Cambridge University Press (Cambridge Companions to Law), 2016.
- SCHABAS, W., *Unimaginable Atrocities. Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*. Oxford University Press, 2012.
- SCHABAS, W., *The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press, 2010.
- SCHABAS, W., *The UN International Criminal Tribunals : The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge University Press, 2006.
- SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*. 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge University Press, 2004.
- SCHABAS, W., "The Relationship Between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone" en *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n.º 4, 2003, pp. 1035-1066.
- SCHERMERS, H., "The eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights" en *European Law Review*, vol. 19, n.º 4, 1994, pp. 367-382.
- SCHLESINGER, S., *Act of Creation: The Founding of the United Nations*. Boulder, CO: Westview Press, 2003.
- SCOVAZZI, T. & CITRONI, G., *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden: Martinus Nijhoffs Publishers, 2007.
- SEGURA SERRANO, A., «Vicisitudes de la jurisdicción universal tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014» en *Revista española de derecho internacional*, vol. 66, n.º 2, 2014, pp. 316-319.
- SERRANO, R. y SERRANO, D., *Toda España era una cárcel. Memoria de los presos del Franquismo*. Madrid: Aguilar, 2002.
- SETHI, G. S., "The European Court of Human Rights' Jurisprudence on Issues of Forced Disappearances" en *Human Rights Brief*, vol. 8, n.º 3, 2001.

- SFERRAZZA, P., La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas: obligaciones internacionales y atribución, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014.
- SHIRER, W., *The rise and fall of the third Reich*, 1960.
- SIEGHART, P., *The International Law of Human Rights*, Oxford University Press, 1983.
- SIMPSON, G.J., "War Crimes: A Critical Introduction" en T.L. McCORMACK, y SIMPSON G.J., *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, The Hague: Kluwer Law International, 1997, pp. 1-30.
- SORDO MEDINA, J. «El genocidio de Ruanda» en *Revista Antropológica Homo Hominis Sacra Res: Derechos Humanos y Ecología*, 2006.
- STEVENS, P. "The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance - a Welcoming Response to a Worldwide Phenomenon with Limited Relief" en *Tydskrif Vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal Of Contemporary Roman-Dutch Law)*, vol. 73, n.º 3, 2010, pp. 368-383. SULJAGIĆ, E., *Ethnic Cleansing: Politics, Policy, Violence: Serb Ethnic Cleansing Campaign in former Yugoslavia*, Baden-Baden: Nomos, 2010.
- SUNGA, R., "The Committee on Enforced Disappearances and its Monitoring Procedures" en *Deakin Law Review*, vol. 17, n.º 1, 2012, pp. 151-191.
- SUY, E., *The concept of jus cogens in public international law: Papers and Proceedings Conference on International Law*, Lagonissi (Greece): April 3-8, 1966, pp. 17-77.
- TAMARIT, J., «Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal» en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 43-65.
- TAMARIT SUMALLA, J. y ARANGÜENA FANEGO, C., *Justicia De Transición, Justicia Penal Internacional y Justicia Universal*, Atelier, 2010.
- TOMUSCHAT, C. & THOUVENIN, J. M., *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Nijhoff, 2006.
- TORRES, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights*. Third Millennium Information, 2010.
- TRIFFTERER, O. y AMBOS, K., *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3rd ed., Beck/Hart, 2016.
- VALLARTA MARRÓN, J., «La Argumentación Jurídica en Torno al *Ius Cogens* Internacional» en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2010, pp. 11-47.
- VARÓN MEJÍA, A., «De La Comisión Al Consejo De Derechos Humanos: Fortalecimiento De Los Mecanismos De Protección De Derechos Humanos o Profundización De La Politización» en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 10, n.º 1, 2008, pp. 129-157.
- VENGOECHEA-BARRIOS, J., "The Universal Periodic Review: A New Hope for International Human Rights Law or a reformulation of errors of the past?" en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 12, 2008, pp. 101-116.
- VERMEULEN, M. L., *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*. Utrecht University Repository, 2012.
- VICENTE, L., «La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo» en AA.VV. *Memoria histórica: ¿se puede juzgar la historia*, Madrid: Fundación Antonio Carretero, pp. 143-169, 2009.
- VIDAL BENEYTO, J., *Diario de una ocasión perdida: Materiales para un principio*, Kairós, 1981.
- VIDAL CASTAÑO, J. A., «De la violencia política, la represión franquista y el "holocausto español"» en *Hispania Nova: Revista De Historia Contemporánea*, n.º 10, 2012.
- VIEGAS E SILVA, M., *El Consejo De Derechos Humanos De Las Naciones Unidas*, Universidad Carlos III De Madrid, Instituto De Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas, 2011.
- VITKAUSKAITE-MEURICE, D. & ZILINSKAS, J., "The Concept of Enforced Disappearances In International Law" en *Jurisprudencia*, vol. 2, n.º 120, 2010, pp. 197-215.

- WALDORF, L., «Genocidio, justicia y reconciliación en Ruanda» en *Política exterior*, vol. 28, n.º 160, 2014, pp. 106-113.
- WERLE, G. Y JESSBERGER, F., *Principles of international criminal law*, Oxford University Press, 3<sup>rd</sup> ed., 2014.
- WHEATCROFT, S., "The Scale and Nature of German and Soviet Repression and Mass Killings, 1930-45" en *Europe-Asia Studies*, vol. 48, n.º 8, 1996, pp. 1319-1353.
- WEATHERALL, T., *Jus cogens: international law and social contract*, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.
- WHITEMAN, M., *Jus Cogens in International Law, with a Projected List*, 7, Ga. J. Int'l & Comp. L., 1977.
- WILLIAMS, M., "The United Nations: Past and Present" en *International Affairs*, vol. 89, n.º 5, 2013, pp. 1297-1301.
- WILLIAMS, S., "The Severance of Case 002 at the ECCC" en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, n.º 4, 2015, pp. 815-843.
- WOLFRUM, R. & DEUTSCH, U., *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*. Springer, 2009.
- YESTE, E., «La transición española. Reconciliación nacional a cambio de desmemoria: El olvido público de la guerra civil» en *Historia Actual Online*, vol. 8, n.º 21, 2010, pp. 7-12.
- ZAFFARONI, E., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.
- ZIMMERMAN, W., *Origins of a Catastrophe: Yugoslavia and Its Destroyers*. Nueva York: Times Books-Random House, 1996.

## B. FUENTES NORMATIVAS

- Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907.
- Carta de las Naciones Unidas de 1945.
- Estatuto Del Tribunal Militar Internacional De Nuremberg de 1945.
- Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio para el Lejano Oriente de 1946.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948.
- Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre de 1948.

- Declaración Universal de derechos humanos de 1948.
- Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.
- Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994).
- Pacto Internacional De Los Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional De Los Derechos Civiles Y Políticos de 1966.
- Convención Americana sobre derechos humanos de 1969.
- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1975.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.
- Declaración Sobre la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas de 1992.
- Declaración y Programa de acción de Viena de 1993.
- Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994.
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006.
- Código penal de España.
- Código penal de Bosnia y Herzegovina.
- Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos de 1981.
- Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia de 1993.
- Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda de 1994.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998.

## **C. FUENTES DOCUMENTALES**

### **1. Naciones Unidas**

#### **a. Resoluciones del Consejo de Seguridad**

- Resolución 808 (1993), UN Doc. S/RES/808, de 22 de febrero de 1993.
- Resolución 827 (1993), U.N. Doc. S/RES/827, de 25 de mayo de 1993.
- Resolución 955 (1994), U.N. Doc. S/RES/955, de 8 de noviembre de 1994.
- Resolución 1034 (1995), U.N. Doc. S/RES/1034, de 21 de diciembre de 1995.

#### **b. Asamblea General**

- Resolución 2583 (XXIV). Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, U.N. Doc. A/RES/2583 (XXIV), de 15 de diciembre de 1969.
- Resolución 2840 (XXVI). Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, U.N. Doc. A/RES/2840 (XXVI), de 18 de diciembre de 1971.
- Resolución 3059 (XXVIII). Cuestión de las formas de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, U.N. Doc. A/RES/3059(XXVIII), de 2 de noviembre de 1973.
- Resolución 3218 (XXIX). Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en relación con la detención y el encarcelamiento, U.N. Doc. A/RES/3218 (XXIX), de 6 de noviembre de 1974.
- Resolución 3219 (XXIX). Protección de los derechos humanos en Chile, U.N. Doc. A/RES/3219 (XXIX), de 6 de noviembre de 1974.
- Resolución 3220 (XXIX). Asistencia y cooperación para localizar a las personas desaparecidas o muertas en conflictos armados, U.N. Doc. A/RES/3220 (XXIX), de 6 de noviembre de 1974.
- Resolución 3448 (XXX). Protección de los derechos humanos en Chile, U.N. Doc. A/RES/3448 (XXX), de 9 diciembre 1975.
- Resolución 3450 (XXX). Personas desaparecidas en Chipre, U.N. Doc. A/RES/3450 (XXX), 9 de diciembre de 1975.
- Resolución 3453 (XXX). Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en relación con la detención y el encarcelamiento, U.N. Doc. A/RES/3452(XXX), de 9 de diciembre de 1975.
- Resolución 31/124. Protección de los derechos humanos en Chile, U.N. Doc. A/RES/31/124, de 16 diciembre 1976.
- Resolución 2712 (XXV). Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, U.N. Doc.

- A/RES/2712 (XXV), de 15 de diciembre de 1977.
- Resolución 32/118. Protección de los derechos humanos en Chile, U.N. Doc. A/RES/32/118, de 16 diciembre 1977.
  - Resolución 32/128. Personas desaparecidas en Chipre, U.N. Doc. A/RES/32/128, de 16 de diciembre de 1977.
  - Resolución 33/173. Personas desaparecidas, U.N. Doc. A/RES/33/173, de 20 de diciembre de 1978.
  - Resolución 33/172. Personas desaparecidas en Chipre, U.N. Doc. A/RES/33/172, de 20 de diciembre de 1978.
  - Resolución 33/175. Protección de los derechos humanos en Chile, U.N. Doc. A/RES/33/175, de 20 diciembre 1978.
  - Resolución 39/179. Derechos humanos en Chile, U.N. Doc. A/RES/34/179, 7 de febrero de 1980.
  - Resolución 35/172. Ejecuciones arbitrarias o sumarias, U.N. Doc. A/RES/35/172, de 15 de diciembre de 1980.
  - Resolución 35/188. Protección de los derechos humanos en Chile, U.N. Doc. A/RES/35/188, 15 de diciembre de 1980.
  - Resolución 35/193. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias, U.N. Doc. A/RES/35/193, de 15 de diciembre de 1980.
  - Resolución 36/22. Ejecuciones arbitrarias o sumarias, U.N. Doc. A/RES/36/22, de 9 de noviembre de 1981.
  - Resolución 36/157. Protección de los derechos humanos en Chile, U.N. Doc. A/RES/36/157, de 16 de diciembre de 1981.
  - Resolución 36/163. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias, U.N. Doc. A/RES/36/163, de 16 de diciembre de 1981.
  - Resolución 37/182. Ejecuciones arbitrarias o sumarias, U.N. Doc. A/RES//37/182, de 7 de diciembre de 1982.
  - Resolución 37/183. La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile, U.N. Doc. A/RES/37/183, de 8 de diciembre de 1982.
  - Resolución 37/193. Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, U.N. Doc. A/RES/37/193, de 18 de diciembre de 1982
  - Resolución 38/96. Ejecuciones arbitrarias o sumarias, U.N. Doc. A/RES/38/96, de 16 de diciembre de 1983.
  - Resolución 38/102. La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile, U.N. Doc. A/RES/38/102, 16 de diciembre de 1983.
  - Resolución 39/110. Ejecuciones sumarias o arbitrarias, U.N. Doc. A/RES/39/110, 14 de diciembre de 1984.
  - Resolución 39/121. Situación de los derechos humanos y las libertades



- fundamentales en Chile, U.N. Doc. A/RES/39/121, 14 de diciembre de 1984.
- Resolución 40/145. Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile, U.N. Doc. A/RES/40/145, 13 de diciembre de 1985.
  - Resolución 41/161. Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile, U.N. Doc. A/RES/41/161, 4 de diciembre de 1986.
  - Resolución 42/141. Ejecuciones sumarias o arbitrarias, U.N. Doc. A/RES/41/141, de 7 de diciembre de 1987.
  - Resolución 42/147. Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile, U.N. Doc. A/RES/42/147, 7 de diciembre de 1987.
  - Resolución 43/158. Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile, U.N. Doc. A/RES/43/158, 8 de diciembre de 1988.
  - Resolución 43/173 Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier forma de Detención o Prisión, U.N. Doc. A/RES/43/173, de 9 de diciembre de 1988.
  - Resolución 44/166. Situación de los derechos humanos en Chile, U.N. Doc. A/RES/44/166, de 15 de diciembre de 1989.
  - Resolución 50/193. Situación de los derechos humanos en la República de Bosnia y Herzegovina, 1a República de Croacia y 1a República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), U.N. Doc. A/RES/50/193, de 11 de marzo de 1996.
  - Resolución 55/89. La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, U.N. Doc. A/RES/55/89, de 4 de diciembre de 2000.
  - Resolución 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, U.N. Doc. A/Res/56/83, de 28 de enero de 2002.
  - Resolución 60/251. Consejo de Derechos Humanos, U.N. Doc. A/RES/60/251, de 3 de abril de 2006.
- ☐ Conferencia de Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, Viena, 1968-1969. (A/CONF.39/11).

c. Consejo Económico y Social (Comisión y Consejo de Derechos Humanos)

- ☐ Report of The Sub-Commission On Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on its Thirty-Sixth Session. Geneva, 15 August-9 September 1983. E/CN.4/1984/3.
- ☐ Report of the administration of justice and the human rights of detainees: question of human rights of persons subjected to any form of detention and imprisonment. 1987. E/CN.4/sub.2/1987/13.
- Informe final sobre la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones

de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos), de 26 de junio de 1997. E/CN.4/Sub.2/1997/20.

- Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1.
- Comisión de Derechos Humanos. Resolución 4 (XXXI), sobre la cuestión de los derechos humanos en Chipre, de 13 de febrero de 1975.
- Comisión de Derechos Humanos. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión. E/CN.4/2002/71 de 8 de enero de 2002.
- Comisión de Derechos Humanos. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías, de 2 de octubre de 1997. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.
- Comisión de Derechos Humanos. Civil and Political rights, including the question of enforced or involuntary disappearances. Report of the intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance, chairperson-rapporteur: Mr. Bernard Kessedjian. E/CN.4/2006/57, 2 de febrero de 2006.
- Comisión de Derechos Humanos. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, de 9 de enero de 2006. E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006.
- Comisión de Derechos Humanos. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005. E/CN.4/2005/102/Add.1.
- Comisión de Derechos Humanos. Resolución sobre impunidad, número 2004/72, de 21 de abril de 2004. E/CN.4/RES/2004/72.
- Consejo de los Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff en su misión a España, de 22 de julio de 2014.
- ☐ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston, Addendum, Mission to Colombia, de 31 de marzo

de 2010, A/HRC/14/24/Add.2.

- ☐ Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, on his mission to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, de 17 de noviembre de 2016. A/HRC/34/62/Add.1

#### d. Órganos especializados en desaparición forzada

##### d.1 Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias

- General comment on women affected by enforced disappearances. A/HRC/WGEID/98/2.
- General comment on children and enforced disappearances. A/HRC/WGEID/98/1; A/HRC/WGEID/98/1/Corr.1.
- General comment on the right to recognition as a person before the law in the context of enforced disappearances. A/HRC/19/58/Rev.1 (para.42)
- General Comment on the right to the truth in relation to enforced disappearance. A/HRC/16/48 (para. 39).
- General Comment on enforced disappearance as a continuous crime. A/HRC/16/48 (para.39).
- General Comment on enforced disappearance as a crime against humanity. A/HRC/13/31 (para.39).
- General Comment on the definition of enforced disappearance. A/HRC/7/2 (para. 26).
- General Comment on article 18 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. E/CN.4/2006/56 (para. 49).
- General Comment on article 17 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. E/CN.4/2001/68 (paras. 25-32).
- General Comment on article 19 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. E/CN.4/1998/43 (paras.68-75).
- General Comment on article 10 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. E/CN.4/1997/34 (paras. 22-30).
- General Comment on article 4 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. E/CN.4/1996/38 (paras.54-58).



- General Comment on article 3 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. E/CN.4/1996/38 (paras. 48-53).
- Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.
- Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a España, 2 de julio de 2014. A/HRC/27/49/Add.1.
- Seguimiento a las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias en su informe relativo a su visita a España del 23 al 30 de septiembre de 2013, 7 de septiembre de 2017. A/HRC/36/39/Add.3.
- Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a Croacia, 17 de agosto de 2015. A/HRC/30/38/Add.3
- Informe anual del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, de 21 de diciembre de 2009. A/HRC/13/31
- Comunicaciones, casos examinados, observaciones y otras actividades realizadas por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, de 3 de mayo de 2018. A/HRC/WGEID/114/1.

#### d.2 Comité contra la desaparición forzada

- Observaciones Finales sobre el Informe Presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, de 12 de diciembre de 2013. CED/C/ESP/CO/1.
- Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 31 de la Convención, respecto de la comunicación núm. 1/2013, Yrusta c. Argentina, de 11 de marzo de 2016. CED/C/10/D/1/2013.

#### e. Comisión de Derecho Internacional

- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1986. Vol. II, segunda parte. New York, 1987.
- ☐ First Report on State responsibility. Review of previous work on codification of the topic of the international responsibility of States by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, Twenty-third Session, U.N. Doc. A/CN.4/217/Add.2.
- ☐ Yearbook of the International Law Commission. Documents of the second session including the report of the Commission to the General Assembly. Vol. II, 1957.

- ☐ Yearbook of the International Law Commission. Documents of the thirty-third session (excluding the report of the Commission to the General Assembly). Vol. II Part One, 1981.
- ☐ Yearbook of the International Law Commission. Documents of the forty-firs session. Vol. II Part One, 1989.
- ☐ Yearbook of the International Law Commission. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-eighth session. Vol. II Part Two. New York, United States: United Nations, 1996.
- ☐ Doc. ONU: A/CN.4/167 y Add.1-3, Anuario CDI 1964, vol. II.
- ☐ Doc. ONU: A/5809, Anuario CDI 1964, vol. II.
- ☐ Doc. ONU: A/6309/Rev., Anuario CDI 1966, vol. II.
- ☐ Doc. ONU: A/5809, Anuario CDI 1976, vol. II (primera parte).
- ☐ Doc. ONU: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1. Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II (segunda parte).
- Doc. ONU: A/51/10, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones.

## **2. Organización de los Estados Americanos**

- Resolución AG/RES. 666 (XIII-0/83) de 18 de noviembre de 1983.
- Resolución AG/RES. 742 (XIV-0/84) de 17 de noviembre de 1984.
- OEA/CP-CAJP, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93 rev.1, de 25 de enero de 1994.

## **3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

- Informe Anual 1983-1984. OEA/Ser.L/V/II.63, doc. 10 de 28 de septiembre de 1984.
- Informe Anual de 1986-1987. OEA/Ser.L/V/II.71, doc. 9 de 22 de septiembre de 1987.
- Informe Anual de 1987-1988. OEA/Ser.L/V/II.74, doc. 10 de 16 de septiembre de 1988.
- Informe Anual 1990-1991. OEA/Ser.L/V/II.79, doc. 12 de 22 de febrero de 1991.
- Informe Anual de 1991. OEA/Ser.L/V/II.81, doc. 6 de 14 de febrero de 1992.

- *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015
- GIEI, Informe Ayotzinapa I y II.
- Informe de balance. Seguimiento al asunto Ayotzinapa realizado por el Mecanismo Especial de Seguimiento de la CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 82, de 5 junio 2018.
- CIDH. AG/RES. 666 (XIII-O/83). November 18, 1983.
- CIDH. Informe nº 62/02, caso 12.285, Michael Domínguez vs. Estados Unidos, de fecha 22 de octubre de 2002.
- Informe Anual, 1987, Caso 9647, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos.

#### **4. Consejo de Europa**

- HELP Editorial Board. "Mecanismos de interpretación en la jurisprudencia del TEDH: el concepto de consenso europeo".
- Parliamentary Assembly Doc. 10679, 3 October 2015, "Enforced disappearances", rapporteur Mr Pourgourides.
- The Commissioner. CommDH/IssuePaper (2016)1 17, March 2016. Missing persons and victims of enforced disappearance in Europe. Issue paper published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights.

#### **5. Otros**

- Informe de la CNDH Sobre Desapariciones Forzadas, 2001.
- Informe del Comité Pro-Justicia y Paz de Guatemala, Situación de los derechos humanos en Guatemala: 1984, Guatemala, 1984.
- Amnistía Internacional, Crímenes sin castigo, homicidios políticos y desapariciones forzadas, EDAI, Madrid, 1993.
- Corte Penal Internacional. Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016) Situación en Colombia.
- Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. (CONADEP).

- *CNDH Recomendación 26/2001*, sobre las quejas en materia de desapariciones forzadas ocurridas en la década de los 70 y principios de los 80.
- *Testimonio contra el olvido: reseña de la infamia y el terror : Paraguay, 1954-1989*, Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencia, 1999.

## **D. FUENTES JURISPRUDENCIALES**

### **1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- Asunto Kolk y Kislyiy c. Estonia, de 17 de enero de 2006.
- Asunto Brecknell c. el Reino Unido, de 27 de noviembre de 2007.
- Asunto Kononov c. Letonia, de 17 de mayo de 2010.
- Asunto Silih c. Slovenia, de 9 abril de 2009.
- Asunto Asociación 21 de diciembre de 1989 y otros c. Rumania, de 24 de mayo de 2011.
- Asunto Orphanou y otros c. Turquía, de 1 de diciembre de 2009.
- Asunto Karefyllides y otros c. Turquía, de 1 diciembre de 2009.
- Asunto Charalambotis y otros c. Turquía, de 1 de junio 2010.
- Asunto Varnava y otros c. Turquía, de 18 de septiembre de 2009.
- Asunto Glor c. Suiza, de 30 de abril de 2009.
- Asunto Vakhayeva y otros c. Rusia de 29 de octubre de 2009.
- Asunto Shokkarov y otros c. Rusia, de 3 de mayo de 2011.
- Asunto Umarova y otros c. Rusia de 31 de julio de 2012.
- Asunto Aslakhanova c. Rusia, de 18 de diciembre de 2012.
- Asunto Saygı c. Turquía, de 27 de enero de 2015.
- Asunto Osmanoglu c. Turquía, de 24 de enero de 2008.
- Asunto Akdeniz c. Turquía, de 31 de mayo de 2005.
- Asunto Tahsin Acar c. Turquía, de 6 de mayo de 2003.
- Asunto Bozkır y otros c. Turquía, de 26 de febrero de 2013.
- Asunto Janowiec y otros c. Rusia, de 21 de octubre de 2013.
- Asunto Mocanu y otros c. Rumanía, de 17 de septiembre de 2014.
- Asunto Yeti y otros c. Turquía, de 10 de julio de 2012.
- Asunto Er y otros c. Turquía, de 31 de julio de 2012.



- Asunto Blečić c. Croacia, de 8 de marzo de 2006.
- Asunto Chipre c. Turquía, de 10 de mayo de 2001.
- Asunto Sabri Güneş c. Turquía, de 29 de junio de 2012.
- Asunto El-Masri c. la antigua República Yugoslava de Macedonia, de 13 de diciembre de 2012.
- Asunto Bayram y Yıldırım c. Turquía, de 26 de mayo de 2009.
- Asunto Cone c. Rumanía, de 24 de junio de 2008.
- Asunto Velez c. Bulgaria, de 16 de abril de 2013.
- Asunto Irlanda c. el Reino Unido, de 18 de enero de 1978.
- Asunto Ipek c. Turquía, de 17 de mayo de 2004.
- Asunto Tekdag c. Turquía, de 14 de junio de 2004.
- Asunto Timurtaş c. Turquía, de 13 de junio del 2000.
- Asunto Osmanoglu c. Turquía, de 24 de enero de 2008.
- Asunto Akdeniz c. Turquía, de 31 de mayo de 2005.
- Asunto Akdeniz y otros c. Turquía, de 31 de mayo de 2001.
- Asunto Çiçek c. Turquía, de 5 de septiembre de 2001.
- Asunto Taş c. Turquía, de 14 de noviembre del 2000.
- Asunto Ertak c. Turquía, de 9 de mayo del 2000.
- Asunto Çakıcı c. Turquía, de 8 de julio de 1999.
- Asunto L.C.B. c. el Reino Unido, de 9 de junio de 1998.
- Asunto McCann y otros c. el Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995.
- Asunto Angelova c. Bulgaria, de 13 de junio de 2002.
- Asunto Jasinskis c. Letonia, de 21 de diciembre de 2010.
- Asunto Nachova y otros c. Bulgaria, de 6 de julio de 2005.
- Asunto Halat c. Turquía, de 8 de noviembre de 2011.
- Asunto Hugh Jordan c. el Reino Unido, *de 4 de mayo de 2001*.
- Asunto Palić c. Bosnia y Herzegovina, de 15 de febrero de 2011.
- Asunto Kurt c. Turquía, de 25 de mayo de 1998.
- Asunto Gongadze c. Ucrania, de 8 de noviembre de 2015.
- Asunto Khadzhaliev y otros c. Rusia, de 6 de noviembre de 2008.

## 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988.
- *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentencia de 20 de enero de 1989.
- *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Sentencia de 15 de marzo de 1989.
- *Caso Blake vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de enero de 1998.
- *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004.
- *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.
- *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008.
- *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 14 de octubre de 2014.
- *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.
- *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.
- *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Sentencia de 16 de agosto de 2000.
- *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.
- *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010.
- *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 14 de octubre de 2014.
- *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008.
- *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997.
- Opinión Consultiva N° 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009.
- *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013
- *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 15 de febrero de 2017.
- *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.
- *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Sentencia de 22 de junio de 2016.
- *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014.

- *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.
- *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

### **3. Comunicaciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos**

Comunicaciones 54/91, 61/91, 96/93, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98.

- Comunicación 74/92
- Comunicación 204/97
- Comunicación 245/02
- Comunicación 361/08

### **4. Resoluciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia**

- Kunarac et al. (IT-96-23 & 23/1), 12 de junio de 2002.
- Prosecutor vs. Kvočka, case num. I-98-30-1-A, Trial Chamber Judgment.
- Prosecutor vs. Kupreskic, case num. IT-95-16-A, Judgment, Appeals chamber, 23 oct. 2001
- Furundžija, N° IT-95-17/1, sentencia de 10 de diciembre de 1998
- Mrksić, Radić and Sljivancanin, IT-95-13/1, Judgment, 27 september 2007. Appeals Chamber Judgment, 5 may 2009.
- Krnojelac, IT-97-25, Judgment, 15 march 2002. Appeals Chamber Judgment, 17 september 2003.
- Kvočka et al. Appeal Judgement, párr. 260.
- Martić Trial Judgement
- Prosecutor v. Radoslav Brdanin, IT-99-36-T, Judgement, 1 September 2004 ("Brdanin, Trial Judgement"),
- Halil Halilović Trial Judgement, párr. 37;

### **5. Resoluciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda**

- Caso Jean-Paul Akayesu, Sala I.

## **6. Salas especiales en los tribunales de Camboya**

- *KAING Guek Eav alias Duch, Appeal Judgement, 3 February 2012.*
- *KAING Guek Eav alias Duch, Judgement, 26 July 2010.*
- Case 002/01, Judgement, 7 August 2014.
- Case 002/01, Appeal Judgement, 23 November 2016.
- *Case 002/02, Summary of Judgement, 16 November 2018.*

## **7. Resoluciones del Comité de Derechos humanos**

- El Hassy c. la Jamahiriya Árabe Libia. Comunicación n.º 1422/2005.
- Medjnoune c. Argelia. Comunicación n.º 1297/2004.
- Herrera Rubio c. Colombia. Comunicación n.º 161/1983.
- Arévalo Pérez c. Colombia. Comunicación n.º 181/1984.
- Bleier c. Uruguay. Comunicación n.º 30/1978.
- Quinteros c. Uruguay. Comunicación n.º 107/1981.
- S. E. y otros c. Argentina. Comunicación n.º 275/1988.
- M. G. B. and S. P. c. Trinidad and Tobago. Comunicación n.º 268/1987.
- R. A. V. N. y otros c. la Argentina. Comunicación n.º 343, 344 y 345/1988.
- Acuña Inostroza y otros c. Chile. Comunicación n.º 717/1996.
- Vargas Vargas c. Chile. Comunicación n.º 718/1996.
- Menanteau Aceituno c. Chile. Comunicación n.º 746/1997.
- Yurich c. Chile. Comunicación n.º 1078/2001.
- Cifuentes Elgueta c. Chile. Comunicación n.º 1536/2006.
- El-Megreisi c. Libia. Comunicación n.º 440/1990.
- Rafael Mojica c. República Dominicana. Comunicación n.º 449/1991.
- Bautista de Arellana c. Colombia. Comunicación n.º 562/1993.
- Laureano Atachahua c. Perú. Comunicación n.º 540/1993.
- Tshishimbi c. Zaire. Comunicación n.º 542/1993.
- Vicente et al. c. Colombia. Comunicación n.º 612/1995.
- Coronel et al. c. Colombia. Comunicación n.º 778/1997.
- Jegatheeswara Sarma c. Sri Lanka. Comunicación n.º 950/2000.
- Bousroual c. Argelia. Comunicación n.º 992/2001.

- Boucherf c. Argelia. Comunicación n.º 1196/2003.
- Grioua c. Argelia. Comunicación n.º 1327/2004.
- Kimouche c. Argelia. Comunicación n.º 1328/2004.
- Zohra Madaoui c. Argelia. Comunicación n.º 1495/2006.
- Aboussedra c. la Jamahiriya Árabe Libia. Comunicación n.º 1751/2008.
- Aboufaied c. Libia. Comunicación n.º 1782/2008.
- Khaled Il Khwildy c. Libia. Comunicación n.º 1804/2008.

## **8. Comité contra la tortura**

- H. K c. Australia, comunicación nº 701/2015, de 10 de mayo de 2017.
- Guerrero Larez c. Venezuela, comunicación nº 456/2011, de 15 de mayo de 2015.
- Kalinichenko c. Marruecos, comunicación nº 428/2010, de 25 de noviembre de 2011.

## **5. Tribunal Supremo de España**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012. STS 101/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007. STS 798/2007.

## **6. Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina**

- Case no. CH/96/1. Josip, Bozana and Tomislav MATANOVIĆ against the Republika Srpska.
- Case no. CH/98/668 Ranko and Goran ÉEBIĆ against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina.
- Case no. CH/99/2150 Dordo UNKOVIĆ against the Federation of Bosnia and Herzegovina
- Case no. CH/99/2688 Angelina, Dragan and Nikola SAVIĆ against the Federation of Bosnia and Herzegovina
- Case no. CH/99/3196 Avdo and Esma PALIĆ against the Republika Srpska
- Case nos. CH/01/8365 et al. The Srebrenica Cases (49 applications) Ferida SELIMOVIĆ et al. against the Republika Srpska

- Cases nos. CH/01/8569 et al. Foca cases, Pasovic *et al.* Against the Republika Srpska  
 Case nos. CH/02/8677, CH/02/10495, and CH/02/12332 Vesna SEHOVAC, B. Z, and Nada SAMARDŽIĆ against the Federation of Bosnia and Herzegovina  
 Case nos. CH/03/15110, CH/03/15111, and CH/03/15112 Ljubica GOJKOVIĆ, Svetlana KNEŽEVIĆ, and Nenad GOJKOVIĆ against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina  
 Case nos. CH/02/8708, CH/02/12428, CH/02/12450, and CH/02/12451 Samka ZUBAN, Jasmin HAMIDOVIĆ, and R. S. against the Republika Srpska
- Case no. CH/02/8744 Anica VISTICA against Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska  
 Case nos. CH/02/8879, CH/02/8880, CH/02/8881, CH/02/8882, CH/02/8883, CH/02/9384 and CH/02/9386 Sadija SMAJIĆ, Derva ĆOSIĆ, Zema and Ferid DŽAFIĆ and Nermina DŽAFIĆ against the Republika Srpska
- Case no. CH/02/9180 Bosko and Mara JOVANOVIĆ against the Federation of Bosnia and Herzegovina  
 Case nos. CH/02/9358, CH/02/10431, CH/02/10432, CH/02/10433, CH/02/11210, CH/02/11442, CH/02/11566 and CH/02/12094 Jusuf MALKIĆ, Hava SMAJLOVIĆ, H.G., Munevera SARACEVIĆ, Hava KULJANCIĆ and Alija CAMDŽIĆ against the Republika Srpska  
 Case nos. CH/02/9851, CH/02/10458, CH/02/10459, CH/02/10460, CH/02/10461, CH/02/10462, CH/02/10463, CH/02/10464, CH/02/11032 and CH/02/11246 M.Ć., H.A.Ć., S.Ć., M.Ć., F.V., Razija Ć. and M.Z. against the Republika Srpska
- Case no. CH/02/10074 Ljiljana, Anka, Lazar and Natasa POPOVIĆ against the Federation of Bosnia and Herzegovina  
 Case nos. CH/02/10235, CH/02/11582, CH/02/11608, CH/02/12070, CH/02/12565, CH/02/12655, CH/02/12749, CH/03/13152 and CH/03/13204 Nedziba MUJIĆ, Hata AVDIĆ, Hasiba HARBAS, Kada MUJCIĆ, Zumreta IBISEVIĆ, Mevlida SALKIĆ, Fata SALKIĆ, Hiba MALAGIĆ and Hatidza KARIĆ against the Republika Srpska

- Cases nos. CH/02/12551 *et al.* Hasan HUSKOVIĆ *et al.* against the Federation of Bosnia and Herzegovina

Case nos. CH/02/8677, CH/02/10495, and CH/02/12332 Vesna SEHOVAC, B.Z., and Nada SAMARDŽIĆ against the Federation of Bosnia and Herzegovina

Case nos. CH/03/15110, CH/03/15111, and CH/03/15112 Ljubica GOJKOVIĆ, Svetlana KNEŽEVIĆ, and Nenad GOJKOVIĆ against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina

## **7. Tribunal de Bosnia y Herzegovina**

- Mitar Rasević Y Savo Todović, veredict of 28 de febrero de 2008.
- Simsić, veredicto de apelación.
- X-KRZ-05/51 - Dragan Damjanović.
- X-KR-07/341 - Nisvet Gasal *et al.*
- S1 1 K 018951 15 KzK (X-KRZ-06/243) - Lazarević Sreten *et al.*
- X-KRZ-06/202 - Lelek Zeljko.
- X-KRZ-07/330 - Mihaljević Zdravko.

## **6. Otros**

- United States District Court, D. Massachusetts. Teresa XUNCAX, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Mendez, Juan Ruiz Gomez, Miguel Ruiz Gomez, and Jose Alfredo Callejas, Plaintiffs, v. Hector GRAMAJO, Defendant.
- Corte Internacional de Justicia. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgement, 1970.
- Sala Penal Nacional del Perú, sentencia de fecha el 20 de marzo de 2006.
- Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004, expediente N.º 2488-2002-HC/TC.
- Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente N.º 2798-04-HC/TC.
- Corte Suprema de México, Tesis: P./J. 49/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno.



- Tribunal Constitucional de Bolivia sentencia de 12 de noviembre de 2001, n.º 1190/01-R.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Penal, sentencia de 2 de marzo de 2004.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto de 2007.
- Sentencia C - 580/02 de 31 de julio de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia.
- Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 14 de junio de 2005, S. 1767. XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., causa n.º 17.768.
- Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 30 de enero de 2012.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 21 de septiembre de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-394/07.
- Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. Voto del Señor ministro Dr. Don Juan Carlos Maqueda.

ANEXO I: Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de desaparición forzada.

1. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1  
Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4  
Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7  
Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C No. 9
2. Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3  
Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5  
Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8  
Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C No. 10
3. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2  
Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989.  
Nota: Declara que en el presente caso no ha sido probado que Francisco Fairén Garbi y Yolanda Solís Corrales hayan desaparecido por causa imputable a Honduras, cuya responsabilidad, por consiguiente, no ha quedado establecida.
4. Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No. 13

- Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20
- Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29
5. Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17
- Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22
- Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31
6. Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 25 de enero de 1996. Serie C No. 23
- Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37
- Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76
7. Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 30 de enero de 1996. Serie C No. 24
- Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34
- Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43
8. Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26
- Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39

9. Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27  
Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36  
Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48  
Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 1999. Serie C No. 57
10. Corte IDH. Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38
11. Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C No. 50  
Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68  
Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89
12. Corte IDH. Caso del Caracazo Vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C No. 58  
Corte IDH. Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95
13. Corte IDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64  
Corte IDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92
14. Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70  
Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91

15. Corte IDH. Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Excepción Preliminar. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93  
Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109
16. Corte IDH. Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106  
Corte IDH. Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108
17. Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118  
Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120  
Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131
18. Corte IDH. Caso de la «Masacre de Mapiripán» Vs. Colombia. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122  
Corte IDH. Caso de la «Masacre de Mapiripán» Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134
19. Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136
20. Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138
21. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140  
Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 159

22. Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153
23. Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162  
Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173
24. Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186
25. Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190
26. Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191  
Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 199
27. Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202
28. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209
29. Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211

30. Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212
31. Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217
32. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221
33. Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229
34. Corte IDH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240
35. Corte IDH. Caso Palma Mendoza y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247
36. Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248
37. Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250
38. Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252



Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 264

39. Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253

Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 262

40. Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C No. 258

41. Corte IDH. Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274

42. Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285

43. Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287

44. Corte IDH. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299.

45. Corte IDH. Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314.

46. Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.
47. Corte IDH. Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332.
48. Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341.
49. Corte IDH. Caso Munárriz Escobar y otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de agosto de 2018. Serie C No. 355.
50. Corte IDH. Caso Terrones Silva y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 360.
51. Corte IDH. Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363.
52. Corte IDH. Caso Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 368.
53. Corte IDH. Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370.

ANEXO II: Jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. Case of Cakici v. Turkey. Judgment (Merits and Just Satisfaction). 8 July 1999.
2. Case of Cyprus v. Turkey. Judgment (Merits). 10 May 2001.
3. Case of Tahsin Acar v. Turkey. Judgment (Merits and Just Satisfaction). 8 April 2004.
4. Case of Varnava and Others v. Turkey. Judgment (Merits and Just Satisfaction). 18 September 2009.
5. Case of El-Masri v. "The Former Yugoslav Republic Of Macedonia". Judgment (Merits and Just Satisfaction). 13 December 2012.
6. Case of Janowiec and Others v. Russia. Judgment (Merits and Just Satisfaction). 21 October 2013.
7. Case of Mocanu And Others v. Romania. Judgment (Merits and Just Satisfaction). 17 September 2014.

Adenda a la tesis doctoral

La desaparición forzada de personas en el  
Derecho Internacional

Stephanie Santa Cruz Aramburu

## Summary

Enforced disappearance is a very serious crime since it affects many fundamental rights such as the right to life, right to liberty and security, right to humane treatment, among others. Despite it is a very old and extended practice in different places, it has not been eradicated. In the present day, we can find it in different contexts and its use responds to different purposes. The elaboration of this thesis corresponds to the need to establish legal parameters for the prosecution of this practice in various contexts, in order to end impunity and comply with the international obligations of States, with special emphasis on the right to the truth and memory. In the present investigation, the Spanish case stands out, since disappearances carried out during the Civil War and the postwar period, have not been investigated, which translates into the breach of international norms in the matter of defense and protection of human rights. The current political panorama in Spain seems to be more suitable and would allow perceiving a change in the lines followed by the judiciary, in order to respect the international standards on enforced disappearances, and the rights of the victims.

In the same vein, the crime is addressed in a way that seeks to establish applicable parameters on enforced disappearances in the various branches of public international law. This is intended to achieve greater cohesion that facilitates the eradication of this practice and the prosecution in cases where there is impunity. This search for unification of criteria corresponds to the need to end the unfair delivery of judicial decisions within different jurisdictional bodies; international law must act as a guarantor and should not be limited, since the State must comply with the obligations established by treaties and international standards. On the other hand, the practice of enforced disappearance affects the "hard core" of people's fundamental rights, and there are numerous treaties that protect these rights and condemn the practice of this crime. In this regard, the international community has been condemning and prohibiting this practice, thus it is stated that the prohibition of enforced disappearance is a mandatory norm, which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law.

The study of the context of the crime is also addressed in order to apply the law correctly in cases of disappearances that are carried out now and disappearances that took place many years ago. At this point, the thesis addresses the crimes against humanity to determine the legal consequences of the events, which will depend on the context. Enforced disappearances will have to meet the requirements to be considered as crimes against humanity, which have different legal consequences such as the non-applicability of statute of limitations, international jurisdiction, the prohibition of amnesty laws, among others. In the same way, this thesis gives greater importance to the specific organs in the universal system of protection of human rights, such as the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances and the Committee on Enforced Disappearances, which are working hard in the field and in the elaboration of guidelines to deal with this scourge.

The methodology used in the present investigation is legal dogmatic, since it is based mainly on the existing norms regarding enforced disappearances in international law. Additionally, the doctrine and jurisprudence are also used. The development of the thesis is divided into two major parts. The first part refers to the origins and evolution of the crime of enforced disappearance in international law and its relation to the norms of *ius cogens*. Likewise, it studies the crime from a perspective of international criminal law. The second part focuses on international human rights law. Both parts are composed of two chapters. The first chapter describes and analyzes the general questions about the origin and evolution of the crime, placing it in the Spanish Civil War and studying the interpretation given by the Spanish Supreme Court regarding the disappearances and human rights violations committed during the civil war and the postwar period. The importance of studying the Spanish case more broadly is due to the fact that it is the country where the research is presented and where we locate the origin of its practice in a systematic way. Also, the Spanish case is remarkable due to its own characteristics and its current situation, in which cases of disappearances have not been judged. The development of enforced disappearance in Spain is analyzed to show the *statu quo*. Regarding the general evolution of the crime of enforced disappearance, the concept is analyzed from a perspective of international humanitarian law and international human rights law. The second chapter analyzes enforced disappearance in international criminal law and its possible categorization as a crime against humanity.

Similarly, the evolution of this concept is studied in the jurisprudence of different international criminal tribunals.

The second part of the thesis is about the treatment of enforced disappearance in international human rights law. The universal system of protection of human rights and the three most important regional systems for the protection of human rights are analyzed: the American system, the European system and the African system. The third chapter describes and analyzes conventional and unconventional bodies of the United Nations, through its opinions, recommendations and cases. This chapter is essential to understand the nature of the crime and the way in which they should be judged by applying universal standards, which allows us to approach the unification of concepts. Also, the study of specific cases by different bodies, allows us to recognize which organs are the most suitable for each circumstance, which serves as a paradigm to litigate correctly before these instances.

The last chapter deals with regional systems for the protection of human rights and the treatment of the crime of enforced disappearance in its main organs, the chapter analyzes existing differences and how they affect the treatment of the crime through the protection bodies, fundamentally through the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights.

Finally, the bibliography used in the investigation comes from direct and indirect sources. On one hand, the jurisprudence of the main bodies of the regional systems of protection of human rights, the universal system of protection of human rights, as well as of the *ad hoc* criminal courts, is used. On the other hand, indirect sources are also used to clarify and reinforce our thesis, for which we utilize the doctrine and judicial decisions of domestic law.



## Conclusions

1. The crime of enforced disappearance is an autonomous and complex crime, which threatens numerous rights; this can make it very difficult to successfully carry out an investigation and prosecution. This requires a global approach of the crime instead of the disintegration based on the rights that can be violated. It is imperative to prosecute the crimes as enforced disappearances and never prosecute them under other crimes such as kidnapping or illegal detention. Although the origin of enforced disappearances cannot be traced accurately, the crime was committed during the Spanish Civil War and its systematic and widespread practice extended during the post-war period. Furthermore, numerous cases of arrests and the subsequent denial have been documented. On the other hand, other authors place the origin of this practice in Nazi Germany. In my opinion, the lack of prosecution of these crimes in the Spanish case neglects this origin, as is the case with the disappearances that took place in the Soviet Union. It is necessary to make visible what happened in Spain and to act in accordance with international standards on this matter. The mistakes made in the transition to democracy cannot be impediments to the pursuit of justice; it is fundamental to meet international obligations and respect the right to the truth; on one side, the right of society to know the truth about the violations in order to prevent the mistakes from happening again and on the other side, the right of relatives to be informed of the fate of their missing relatives.

2. Despite the fact that today Spain is a consolidated democracy and the institutional order has been restored, enforced disappearances have never been judged. Impunity still reigns as a consequence of the application of an amnesty law that, -as we have been able to verify through abundant jurisprudence and reports of international bodies- is contrary to the principles of international law, since amnesties for gross violations of human rights are forbidden. Additionally, Spain has applied the prescription for these crimes, considering disappearances as illegal detentions. This reveals clearly the importance of the correct determination of the legal description of the crime.

Notwithstanding the amnesty law in Spain was adopted in a consensual manner, this does not mean that it respects the principles of international law since it has been used to close most of the disappearances cases brought into the Spanish courts. This

has resulted in a climate of total impunity for disappearances in Spain. It is necessary to deprive the effects of this law, following the provisions given by the European Court of Human Rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). They have declared on many occasions that amnesty laws are incompatible with the obligations under International Law inasmuch as they favour impunity for those individuals responsible for committing grave violations of human rights. Also they may not lead to any restriction of the duty of the State to investigate and sanction those violations.

3. The crime of enforced disappearance has three constituent elements: deprivation of liberty, it is carried out by agents of the State or persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person in order to place the person outside the protection of the law. The doctrine and jurisprudence are clear and uniform in this respect. There are authors that include a temporal element to the deprivation of liberty, stating that there should be a minimum of time to consider the act as an enforced disappearance. Based on the jurisprudence, we can affirm that a temporal element would create a state of legal defenselessness and it would facilitate the commission of the offense. Indeed, it is precisely time that is a key factor in the search of missing persons; the right to liberty cannot be restricted illegitimately in any case, not even to combat terrorism. Extraordinary renditions and secret detentions must be completely prohibited because they infringe fundamental rights and contribute to the commission of other violations. The inclusion of a time limit would facilitate the practice of torture during an inappropriately named "illegal detention".

4. The judgments delivered by the Spanish Supreme Court compared in the present investigation offer different legal approaches to similar facts. The judgment of February 27, 2012, does not utilize the "context element of crimes against humanity" used in the ruling of October 1, 2007, alleging that foreseeability and accessibility requirements were not met. In the judgment of 2007, a high-ranking official responsible for disappearances in Argentina was convicted for crimes of murder and illegal detention. It was not possible to apply the legal description of crimes against humanity; consequently, the classification in domestic law was used since the facts prosecuted constituted crimes against humanity under customary international criminal law at the moment when the crimes were committed. That is to say, in one

case the court considers that the author should know the consequences and magnitudes of their actions while in the other case, the court considers that this was not foreseeable. This lack of coherence corresponds to the weak commitment to judge the crimes of Francoism and the effort to create impediments in order to block the investigations. It is necessary to continue attending the domestic courts in search of justice; nevertheless major changes of the functioning and training of the judiciary are also required. Judiciary should use international standards on human rights in the administration of justice. In addition, in the judgment of February 27, 2012, a decision of the ECHR is mistakenly cited in order to justify the lack of competence. This would allow us to go to Strasbourg alleging the incorrect interpretation of this decision made at the domestic level and the defenselessness that it causes to people who bring cases related to violations in the civil war and the post-war period.

5. The options to bring disappearances occurred in Spain to the Strasbourg court are null. Currently, any relative of the disappeared persons has been able to justify the delay in submitting the applications before the ECHR. I believe that the Court shall consider the context and circumstances in Spain, where until relatively recently the historical memory and different ways of obtaining justice became more known amongst the society. Although the lack of knowledge is not a justification, I consider that it should be a factor to be taken into account by the Court, which should apply the humanitarian clause given the serious nature of the human rights violations and the climate of impunity.

6. The first approach in the legal field to the concept of enforced disappearance is found in international humanitarian law, when individuals criminally responsible for acts of enforced disappearance in Nazi Germany were tried in 1945. Disappearances were used as a method of social control and intimidation against society and relatives of the disappeared person, thereby violating the rights of families, constituting a war crime. This conclusion was reached on the basis of the Fourth Hague Convention respecting the laws and customs of war on land (1907) and article 6 of the Charter of the Nuremberg Military Tribunal. It can thus be concluded that in 1945 there was already a prohibition of enforced disappearances in customary law and international humanitarian law.

7. The crime of enforced disappearance can constitute a crime against humanity when it is committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack. The term "widespread" refers to the

large scale of the attack while "systematic" refers to the level of organization. Consequently, the disappearance of one person can constitute a crime against humanity; it will be necessary to take into account the generalized context of disappearances to verify that the crime responds to a massive policy of disappearances. Likewise, it is necessary to attend to the level of organization, developed through a well-organized plan to carry out the disappearances. Due to these reasons, domestic legal systems must include in their legislation the legal description of the crime of enforced disappearance whether or not it constitutes a crime against humanity.

8. Enforced disappearances affect fundamental rights, these rights are protected by numerous international treaties. They are also subject to special protection within the international community. Today, we have a Convention and a Declaration at the universal level. Also there is a regional instrument in the inter-American system. In addition, we count on specialized protection and prevention bodies such as the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, the Committee on Enforced Disappearances and the Human Rights Committee, although the Human Rights Committee is not a specialized body, it has known numerous cases of disappearances. Due to the number of legal instruments that prohibit the practice of enforced disappearances, the abundant case law of different bodies condemning this practice, the importance of the rights involved and the seriousness of the injuries caused in the disappeared persons and their relatives, we can affirm that the prohibition of enforced disappearance has attained the status of *ius cogens*. Consequently, its practice will be prohibited, no derogation is permitted and the amnesty provisions are not applicable, they would engage the responsibility of the State, regardless of the ratification or non-ratification of international treaties or the classification of the crime at the domestic level. There is therefore a double protection, since in the case of disappearances that do not constitute crimes against humanity; its practice will always be a violation of peremptory norms of international law regardless of the context.

9. It is fundamental that human rights protection bodies, -such as courts and other organisms-, apply and implement international standards regarding enforced disappearances, otherwise we may find arbitrary judgments. We can see this in the case of the Human Rights Committee, which requires that the procedural violation for lack of investigation of the crime is closely linked to the date of commission of the

substantive violation of a right, consequently it denies indirectly the continued nature of the crime, since it requires a connection with the date when the crime was committed. Enforced disappearance is a continuous crime, although it has different phases, it is a unique act. Even when some aspects of the violation may have been completed before the entry into force of the relevant national or international instrument, if other parts of the violation persist, and until the fate or whereabouts of the victim is determined, the case and the act should not be fragmented. This is also stated by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, which shows us that the specific instruments are the most suitable to hear enforced disappearances cases. Moreover, the Human Rights Committee has declared the non-violation of article 6 in secret detentions cases in which victims have been found alive. Although victims have been found alive, we cannot deny that it is a flagrant violation of article 6, a secret detention violates the duty to guarantee in the context of this article, because it places the victim in a legal limbo where he or she depends entirely on the captors. Hence, we can affirm that cohesion in guiding principles on enforced disappearances is necessary in order to be able to achieve justice and accountability for the crimes committed.

10. The right to the truth regarding enforced disappearances is a fundamental right that it has been widely developed in the inter-American human rights system but most of the time it is not applied at domestic levels. It is important to carry out an exhaustive investigation that determines the whereabouts of the disappeared person but also the clarification of the circumstances and the context in which the disappearances were carried out, as well as the identification of the responsible persons. In cases where it is not possible to establish responsibility due to the passage of time, the right to the truth should not be pushed to the background since it is a human right and it entails the obligation to investigate serious violations of rights. Moreover, it is an effective prevention method to avoid the repetition of the errors committed in the past. Another point to consider is the right to reparation that includes restitution, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-recurrence. It is mandatory to apply these four pillars in order to guarantee the welfare of victims and society. Reparations cannot be focused solely on restitution; enforced disappearance is a complex crime that affects victims and society as a whole. Measures to end violations must be included and efforts should be made to promote social cohesion. Education is vital to prevent the recurrence of violations because it can provide the

basis for the avoidance of conflicts and for the non-violent resolution of conflicts. Also education can lead to respect for diversity and tolerance. In addition, human rights training at all levels should be mandatory for a real understanding of the nature of the crime and to restore confidence in the institutions of the State since in most cases, society is divided. Only this way we could avoid the repetition of these grave violations and the eradication of this practice.